



Università
Ca' Foscari
Venezia

Corso di Laurea magistrale (*ordinamento ex
D.M. 270/2004*)
in Amministrazione, finanza e controllo,
curriculum Consulenza amministrativa

Tesi di Laurea

—
Ca' Foscari
Dorsoduro 3246
30123 Venezia

Autonomia vs subordinazione: un'analisi comparata Italia- Germania

Relatore

Ch. Prof. Gaetano Zilio Grandi

Laureanda

Martina Lucrezia Carniato
Matricola 828546

Anno Accademico

2014 / 2015

Alla mia famiglia.

Indice

1. <i>Introduzione</i>	1
2. <i>Il lavoro in Italia</i>	3
2.1 <i>Subordinazione e autonomia. Distinzione.</i>	3
2.2 <i>La para-subordinazione</i>	12
2.2.1 <i>Lavoro parasubordinato e tutele prima della “Riforma Fornero-Monti”</i>	17
2.2.2 <i>Le novità introdotte dalla “Riforma Fornero-Monti”</i>	23
2.2.3 <i>Gli ultimi sviluppi: lavoro autonomo e lavoro “etero-organizzato” nel c.d. “Jobs Act”</i>	31
3. <i>Il lavoro in Germania</i>	37
3.1 <i>Cenni storici: dal liberismo della scuola di Friburgo alla Riforma Schröder</i>	37
3.1.1 <i>L’Economia sociale di mercato (soziale Marktwirtschaft) e la nascita del lavoratore subordinato “standard” (Normalarbeitsverhältnis)</i>	38
3.1.2 <i>Gli anni Novanta e il percorso riformatore: gli sviluppi esogeni ed endogeni</i>	39
3.1.3 <i>Le riforme c.d. “Hartz”</i>	40
3.2 <i>I contratti di lavoro “tipici”</i>	43
3.2.1 <i>Contratto subordinato a tempo indeterminato</i>	43
3.3 <i>I contratti atipici</i>	55
3.3.1 <i>Il contratto subordinato a tempo determinato</i>	58
3.3.2 <i>I cosiddetti “Mini-jobbers”</i>	62
3.3.3 <i>Il lavoro tramite agenzia, Arbeitnehmerüberlssung</i>	66
3.3.4 <i>Il part-time</i>	69

3.4 Il lavoro autonomo (<i>Selbsitinger</i>) _____	70
3.4.1 Autonomia vs subordinazione: il problema del lavoratore autonomo apparente, <i>Scheinselbständigkeit</i> _____	71
3.4.2 Lavoratori quasi-subordinati: <i>arbeitnehmerähnliche Person</i> _	87
3.4.3 Libere professioni regolamentate e non regolamentate _____	92
3.4.4 Attività commerciali e l'attività d'impresa: il principio di “ <i>Gewerbefreiheit</i> ” _____	98
4. Conclusioni _____	100

1. Introduzione

Questo elaborato nasce, in prima istanza, dal desiderio di approfondire uno dei temi maggiormente discussi in Italia nell'ultimo decennio nell'ambito del diritto del lavoro: la para-subordinazione. Da questo è sorta, in un secondo momento, la curiosità di capire com'è stato affrontato il problema in uno dei Paesi che, a livello europeo, è maggiormente invidiato e che spesso viene considerato esemplare. L'idea principale è stata cercare di capire come il legislatore tedesco abbia disciplinato il fenomeno del lavoro a cavallo tra la subordinazione e l'autonomia, ponderando la trattazione e senza perdere di vista l'importanza di una visione di insieme. Nel tentare di raggiungere questo scopo, si è cercato di utilizzare un metodo che valorizzasse sì il contenuto della disciplina, ma anche le teorie e le proposte che sono state avanzate negli anni.

Oltretutto, va detto che le discipline hanno vissuto importanti discussioni sulla differenza tra lavoro autonomo e lavoro subordinato e sulla c. d. "zona grigia" esistente tra i due. In particolare, le dottrine non sempre sono state in grado di affrontare il problema dell'insorgere di nuove forme di lavoro autonomo, non conoscendo una idea chiara dei confini della subordinazione e dell'autonomia.

Molto spesso, come vedremo, nella realtà è stato utilizzato il c. d. "falso lavoro autonomo" per mascherare rapporti di tipo subordinato con la principale finalità di risparmiare sui costi e, quindi, sui contributi. Questo ha influenzato profondamente le scelte dei Legislatori. Non a caso si utilizza la forma plurale. Infatti, analogamente al caso italiano, dove, però, il Legislatore si è preoccupato di reprimere forme fraudolente di lavoro autonomo, nella Germania del post-unificazione è stato affrontato il problema della "autonomia apparente" per far

emergere forme di “vera autonomia”, in un tentativo di promozione e non di “repressione”¹.

La trattazione inizierà con il caso italiano, partendo, innanzitutto, dalle origini della regolamentazione, ovvero la legge Biagi e la nascita delle c.d. “co.co.pro.”, passando per la Riforma Fornero, intervento normativo dettato principalmente da ragioni di celerità e urgenza, ma poco attento a fornire una soluzione efficace al problema. Si arriverà, quindi, ai recentissimi sviluppi del Jobs Act e all’eliminazione, parziale, della figura del collaboratore coordinato e continuativo.

Per quanto riguarda il caso tedesco, invece, si cercherà di fornire dapprima una visione del contesto storico in cui si è sviluppato il percorso riformatore, dall’economia sociale di mercato fino alle recenti riforme c.d. Hartz. In seconda battuta, sarà chiarita la distinzione materiale tra lavori “tipici” e “atipici”, descrivendo le principali forme contrattuali con le quali questi si manifestano. Infine, l’attenzione sarà incentrata sui problemi riscontrati dalla dottrina quando ha cercato di trovare definizioni efficaci di subordinazione e autonomia. In particolare, sarà interessante studiare il fenomeno del lavoro autonomo c. d. “apparente” che tanto si avvicina al fenomeno italiano di utilizzo inappropriato di contratti di lavoro autonomo.

Prima di passare alla trattazione vera e propria, propongo di seguito una citazione tratta da Alain Supiot sulla nascita del mercato del lavoro e sulle origini del problema autonomia- subordinazione. *“La contrapposizione fra lavoratore libero e schiavo corrispondeva allora alla moderna distinzione fra lavoro concreto e lavoro astratto. Il lavoro servile era riducibile ad una semplice quantità, ad un valore misurabile in tempo e denaro, mentre il lavoro dell’uomo libero appariva attraverso le sue opere, che incorporavano le sue qualità e il suo genio”*.

¹ A. Perulli, *Un Jobs Act per il lavoro autonomo: verso una nuova disciplina della dipendenza economica?*, WP C. S. D. L. E. “Massimo D’Antona”, 2015, pag. 15.

2. Il lavoro in Italia

2.1 Subordinazione e autonomia. Distinzione.

In virtù dell'obiettivo dell'analisi, è opportuno delineare, innanzitutto, il confine tra lavoro autonomo e subordinato e capirne le ragioni all'interno della disciplina italiana.

Analogamente alla gran parte delle fonti, è bene iniziare la trattazione del tema lavoro subordinato analizzando in primo luogo la disciplina del Codice Civile. La definizione di contratto di lavoro dipendente è formalizzata all'art. 2094 ed è bene ricordare che, ai sensi di tale articolo, *“è prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nella impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore”*. Elementi essenziali della figura del lavoratore subordinato sono dunque: la collaborazione nella impresa, la dipendenza dall'imprenditore e l'etero- direzione². Con riferimento alla prima caratteristica, ricordiamoci che il nostro codice civile nasce in epoca corporativa, in cui i rapporti sociali di produzione erano concepiti come rapporti non conflittuali. L'idea corporativa della produzione era di tipo collaborativo, in cui i lavoratori, assieme all'imprenditore, svolgevano un'attività produttiva, che aveva una finalità che andava oltre l'interesse egoistico dell'imprenditore. Si trattava di un'ottica di cooperazione per la realizzazione di uno scopo comune. Oltretutto, nell'art. 2094, il modello di riferimento è l'imprenditore, anche se non tutti i datori di lavoro sono imprenditori, tuttavia l'intera disciplina si applica anche ai datori di lavoro non imprenditori. Prima dell'introduzione della disciplina del 1942 ci si interrogava se il contratto di lavoro consistesse in una sorta di “compravendita di energie” (il lavoro prestato), o piuttosto in una “*locatio*”. Così anche il concetto di dipendenza ha risentito del contesto storico in cui il codice civile è stato

² O. Mazzotta, *Manuale di diritto del lavoro*, III Edizione, Cedam, 2014, pag. 175.

redatto. L'impresa produttiva degli anni Quaranta è la tipica organizzazione di tipo fordista con una struttura su base gerarchica e con una precisa suddivisione dei compiti. Tale struttura si fondava sull'autorità del datore di lavoro e sull'assoggettamento del lavoratore subordinato alle direttive e agli ordini dell'imprenditore. In buona sostanza si tratta di una situazione di eterodirezione, poiché l'indicazione di cosa deve essere fatto e in quale maniera proviene dall'esterno. Alcuni vedono in questo principio spunti di derivazione germanica, poiché il rapporto di lavoro subordinato tedesco viene ancora oggi ricondotto ad una dipendenza di tipo personale. È evidente che in questo tipo di contratti di lavoro subordinato sia ravvisabile una dipendenza economica, anche se essa non consiste nel concetto di dipendenza inteso dal legislatore del 1942.

La nozione di direzione si sostanzia, di fatto, nell'esercizio di un potere direttivo.

Sarà interessante notare come il concetto di collaborazione sia al centro dell'attenzione nel prosieguo della trattazione, in ragione della comunanza con il lavoro para-subordinato. A proposito la Cassazione ha affermato che al fine dell'individuazione del tipo contrattuale occorre accertare se ricorra *“il requisito tipico della subordinazione, intesa come prestazione dell'attività lavorativa alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore, mentre gli altri caratteri dell'attività lavorativa, come la continuità, la rispondenza dei suoi contenuti ai fini propri dell'impresa e le modalità di erogazione della retribuzione non assumono rilievo determinante, essendo compatibili, sia con il rapporto di lavoro subordinato, sia con quelli di lavoro autonomo parasubordinato”* (Cass. Sent. n. 122 del 18/01/2013).

L'art. 409 del codice di procedura civile, riferito alle controversie individuali di lavoro, al comma 3 stabilisce che anche *“i rapporti di lavoro che si concretino in una prestazione di opera coordinata e continuativa prevalentemente personale, anche se non di carattere subordinato, sono assoggettati alla*

disciplina speciale del processo di lavoro”³. Si tratta di un processo più snello e veloce che ha le caratteristiche capaci di tutelare maggiormente l’interesse del lavoratore. Da questo comma si può, quindi, dedurre che per il Legislatore anche colui che non rientri nella categoria del lavoro subordinato, come ad esempio un parasubordinato, può essere considerato collaboratore. In particolare, però, si ritiene che non si tratti di una collaborazione in termini di una comunione di scopo tra datore e lavoratore, e nemmeno di una dipendenza in senso economico (come nel caso tedesco: v. *infra*), ma viene identificata nella nozione di subordinazione in senso tecnico-funzionale⁴. In buona sostanza si tratta di rapporti che hanno ad oggetto un *facere* personale, caratterizzati da autonomia nello svolgimento della prestazione, volti al soddisfacimento di un interesse del committente⁵.

Lo stesso Libro Verde della Commissione europea relativo alla “modernizzazione del diritto del lavoro” parla in termini di “lavoro economicamente dipendente” distinguendo il falso lavoro autonomo, che va represso e ricondotto alla mera subordinazione, dal lavoro autonomo “economicamente dipendente”, che va promosso attraverso l’introduzione di nuove garanzie. Approccio non dissimile viene assunto dal Comitato economico e sociale europeo laddove afferma che tale tipologia contrattuale sia un fenomeno fisiologico e naturale del mercato del lavoro e dell’economia e pertanto vada tutelato. Tuttavia la tradizione italiana ha risposto in maniera parziale alle disposizioni proposte a livello europeo, introducendo inadeguate tutele e possibilità di abuso di tale istituto⁶.

Non è però sempre agevole apprezzare la distinzione tra subordinazione e autonomia nei casi concreti. La Corte di Cassazione si è più volte pronunciata sul punto: tra le ultime, vanno menzionate, la sentenza del 25 marzo 2009 n.

³ V. Pinto, *La categoria giuridica delle collaborazioni coordinate e continuative e il lavoro a progetto*, WP C. S. D. L. E. “Massimo D’Antona”, 2005, pag. 3.

⁴ O. Mazzotta, *Op. Ult. Cit.*, Cedam, 2014, pagg. 178-179.

⁵ V. Pinto, *Op. Loc. Ult. Cit.*, 2005.

⁶ A. Perulli, *Op. Ult. Cit.*, 2015, pag. 4.

7260 e, in seguito, la decisione del 19 aprile 2010 n. 9252. Nel caso in cui l'assoggettamento del lavoratore alle direttive altrui non risulti agevolmente verificabile dal giudice di merito, a causa della particolarità delle mansioni, appare necessario fare riferimento a criteri di tipo complementare e sussidiario. Possono essere valutati come indici di subordinazione alcuni aspetti come la collaborazione, la continuità delle prestazioni, l'osservanza di un orario predeterminato, il versamento di una retribuzione predefinita a cadenze stabilite e il coordinamento dell'attività lavorativa in capo al datore di lavoro. Per quanto concerne il concetto di continuità, risulta sufficiente il permanere nel tempo di un obbligo giuridico di effettuare una prestazione e di mettere a disposizione del datore di lavoro la propria energia lavorativa. È il caso di prestazioni di tipo saltuario⁷. La Cassazione con la pronuncia n. 6985/1986 ha precisato che la mancanza di un vincolo orario *“non è di per sé sufficiente per escludere la sussistenza del rapporto di lavoro subordinato, quando risulti convenuta l'esplicazione, da parte del lavoratore, di un'attività che non comporti l'esigenza di quel vincolo”*. Nemmeno l'erogazione del compenso a cadenze periodiche e in misura fissa deve essere sempre ritenuto rivelatore di un rapporto di lavoro subordinato (Cass. 23 gennaio 2004 n. 1218 e Cass. 25 marzo 2009 n. 7260). Recentemente si è passati a considerare l'utilizzo delle attrezzature del datore di lavoro come un indicatore della subordinazione, ma anche questo elemento non è di per sé sufficiente, poiché potrebbe a tutti gli effetti esprimere una *“collaborazione coordinata, nell'ambito di una attività libero-professionale”* (Cass. 13 ottobre 2010 n. 21152). La Cassazione ha, infine, elaborato il concetto di subordinazione *“attenuata”*, laddove il potere direttivo del datore di lavoro non è da intendersi rigidamente, poiché potrebbe a tutti gli effetti *“non avere occasione di manifestarsi”*. In altre parole, la natura subordinata di un rapporto

⁷ Cass. 1 agosto 2008 n. 21031.

può essere riscontrata nonostante non vi sia un significativo assoggettamento ad etero-direzione, essendovi mansioni meramente esecutive o ripetitive⁸.

Ipotesi di subordinazione “attenuata” si hanno nel caso, per esempio, delle prestazioni di natura intellettuale⁹. Solo per portare un esempio, vediamo un caso in cui la Corte di Cassazione si è pronunciata nel merito. Per una traduttrice e annunciatrice TV sono stati considerati indici di subordinazione l’essere a disposizione del datore negli intervalli tra una trasmissione e l’altra, l’assenza del rischio di impresa, la messa a disposizione delle energie per turni di lavoro e l’erogazione di un compenso a giornata e non a pagina tradotta¹⁰.

Tornando alla sentenza del 19 aprile 2010 n. 9252, peraltro, si chiarisce che nel valutare la qualificazione di un rapporto di lavoro, non è sufficiente tener conto della nozione giuridica di subordinazione (la messa a disposizione da parte del lavoratore delle proprie energie, a favore del datore e dell’assoggettamento al suo potere), o degli elementi sintomatici che abbiamo precedentemente descritto, ma è necessario produrre un giudizio di carattere “sintetico”¹¹.

La Cassazione con sentenza n. 2728 dell’8 febbraio 2010 ha affermato che *“costituisce requisito fondamentale del rapporto di lavoro subordinato... il vincolo di soggezione al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro, il quale discende dall’emanazione di ordini specifici, oltre che dall’esercizio di una assidua attività di vigilanza e controllo dell’esecuzione delle prestazioni lavorative”*. Una sentenza successiva (n. 2931 del 07/02/2013) ha poi chiarito che *“ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro occorre indagare l’effettiva volontà delle parti... e l’esistenza o meno del vincolo di subordinazione del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro. Tale potere si realizza nell’emanazione di ordini specifici*

⁸ L. Fiorillo, A. Perulli, *Il nuovo diritto del lavoro*, Vol. IV, Giappichelli Editore, 2014, pag. 103.

⁹ A. De Simone, *L’importanza dei criteri distintivi sussidiari per la qualificazione del rapporto di lavoro*, in *Il diritto dei lavori*, 2014, pag. 39.

¹⁰ A. De Simone, *Op. Ult. Cit.*, pagg. 41-42.

¹¹ O. Mazzotta, *Op. Ult. Cit.*, pagg. 179-180.

oltre che nell'esercizio di una assidua attività di vigilanza e controllo sull'esecuzione della prestazione lavorativa". Sul tema particolare della distinzione tra autonomia e subordinazione la Cassazione ha affermato che vanno valutati come indizi probatori della subordinazione *"l'osservanza di un orario predeterminato, il versamento a cadenze fisse di una retribuzione prestabilita, il coordinamento dell'attività lavorativa... l'assenza in capo al lavoratore di una sia pur minima struttura imprenditoriale"* (Cass. Sent. n. 9256 del 17/04/2009). In altre parole, per valutare se si tratta di un lavoro autonomo o subordinato verranno presi in considerazione tutti gli indici nel loro insieme, tenuto conto anche del caso concreto di volta in volta prospettato.

In buona sostanza, non si tratta di un metodo c.d. sussuntivo, cioè di un giudizio "sillogistico" di identità della fattispecie concreta con quella astratta, ma piuttosto di un metodo tipologico, cioè più pragmatico, e che fa in modo che l'operazione qualificatoria si compia attraverso un giudizio approssimato della fattispecie concreta al tipo normativo.¹²

Per quanto riguarda quindi la giurisprudenza, essa utilizza indicatori di carattere prettamente empirico quali, per esempio, l'inserimento nell'impresa, la continuità della prestazione, l'assoggettamento ai poteri di controllo e direzione del datore di lavoro, il carattere personale della prestazione, la cessione di energie lavorative come oggetto del contratto e l'assenza di rischio¹³. Oronzo Mazzotta afferma che qui si tenta di ribaltare il *"processo logico di qualificazione"*, invertendo la valutazione e partendo dagli effetti, per identificare la fattispecie. Troviamo quindi una sfasatura tra la dottrina, che si impegna ad individuare le caratteristiche della fattispecie tipica, e la giurisprudenza, più attenta invece agli indici empirici¹⁴. Nella pratica può poi accadere che un indice di autonomia venga valutato decisivo per escludere un contratto di tipo subordinato, tuttavia non significa che il giudizio di

¹² M. Roccella, *Manuale di diritto del lavoro: mercato del lavoro e rapporti di lavoro*, 5^a Edizione, Giappichelli, 2013, pag. 42.

¹³ O. Mazzotta, *Op. Ult. Cit.*, pag. 180.

¹⁴ O. Mazzotta, *Op. Ult. Cit.*, pag. 180.

qualificazione si basi su un solo indice, ma, al contrario dimostra che da un solo indicatore preciso non si può qualificare il rapporto di lavoro come subordinato.¹⁵

Sul tema ha fatto discutere la seguente affermazione della Corte di Cassazione, n. 3674 del 2000: *“l’esistenza dell’esercizio del potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro è sicuro indice di subordinazione, mentre la relativa assenza non è sicuro indice di autonomia”*. In altre parole si assiste ad un “affievolimento” del criterio dell’etero-direzione, sempre considerato elemento fondamentale per l’accertamento del lavoro subordinato¹⁶.

Nonostante l’ambiguità della definizione di collaborazione, è assodato che l’art. 2094 si riferisca al requisito di subordinazione. Gli articoli successivi del Codice Civile si preoccupano, poi, di definire a grandi linee i diritti e i doveri di datore e lavoratore. In particolare, ai sensi dell’art. 2104 il prestatore deve usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione e deve osservare le disposizioni per l’esecuzione e per la disciplina che vengono impartite dall’imprenditore e dai suoi collaboratori. Possiamo dire si tratti di un obbligo di fedeltà (art. 2105 c.c.) e di osservanza delle disposizioni del datore di lavoro, in caso di violazione permane il potere di quest’ultimo di infliggere sanzioni disciplinari (art. 2106)¹⁷. Come vedremo oltre per il caso tedesco, anche la tradizione italiana fa del lavoro dipendente l’epicentro del proprio interesse¹⁸. La Costituzione stessa in moltissime occasioni evoca la figura del lavoratore dipendente, tanto che diventa oggetto di tutela privilegiata. Si tratta, in altre parole, di un contratto che il Mazzotta definisce “tipico” e che per certi versi produce nel datore di lavoro che lo instaura una serie di onerosissimi obblighi. Innanzitutto, sul datore di lavoro italiano incombono una serie di obblighi tra cui: il versamento dei contributi all’INPS per permettere al lavoratore di maturare il trattamento pensionistico; il

¹⁵ M. V. Ballestrero, G. De Simone, *Diritto del lavoro*, Giappichelli, 2012, pag. 103.

¹⁶ A. De Simone, *Ult. Op. Cit.*, pag. 35.

¹⁷ O. Mazzotta, *Op. Ult. Cit.*, pag. 179.

¹⁸ O. Mazzotta, *Op. Ult. Cit.*, pag. 177.

pagamento dei premi all'INAIL, assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul luogo di lavoro, e il rispetto di tutta la disciplina a garanzia del lavoratore.

Si noti che il pagamento degli oneri contributivi spetta esclusivamente al datore di lavoro, salvo poi compiere una trattenuta sulla retribuzione del lavoratore. Ovviamente, l'ammontare della spesa a fini contributivi varia in ragione dei diversi enti assicuratori, delle prestazioni erogate e dalle differenti categorie di lavoratori. In particolare, alla formazione della base imponibile per il calcolo dell'importo da versare contribuiscono, ai sensi del art. 6 d.lgs. 314/1997, *“tutte le somme e i valori in genere, a qualunque titolo percepiti nel periodo d'imposta, anche sotto forma di erogazioni liberali, in relazione al rapporto di lavoro”*. Solo per proporre degli esempi, ad oggi la percentuale applicabile a tale importo ai fini della contribuzione pensionistica da lavoro dipendente ammonta mediamente al 32,70, mentre quella a carico del lavoratore è di circa il 9,19 % della retribuzione lorda.

Prima di passare definitivamente alla analisi del lavoro autonomo, è bene spingerci ancora una volta ai confini della subordinazione, poiché nel tempo il Legislatore ha esteso alcune discipline del lavoro subordinato, utilizzando spesso la stessa *ratio* di tutela del lavoratore. Quello che rimane comunque certo è che anche per questa fattispecie vige l'indisponibilità del tipo contrattuale “lavoro subordinato”. Anticipiamo, quindi, l'istituto della associazione in partecipazione, più volte riformata a causa dei numerosi abusi nell'utilizzo di questa forma contrattuale¹⁹. Si tratta di un tipo di contratto nel quale lo scambio sinallagmatico consiste nell'apporto che l'associato fornisce all'associante e la partecipazione dell'associato agli utili e alle perdite dell'iniziativa²⁰. Tale tipologia contrattuale è regolata dall'art. 2549 del codice civile, che, come vedremo nel dettaglio nella parte dedicata, è stata recentemente riformata. Il Legislatore ha dovuto provvedere in più riprese ad arginare il ricorso a questo

¹⁹ M. V. Ballestrero, G. De Simone, *Op. Ult. Cit*, pag. 110.

²⁰ M. V. Ballestrero, G. De Simone, *Op. Loc. Ult. Cit*.

tipo contrattuale poiché è stato spesso utilizzato per eludere la applicazione della costosa disciplina lavoristica.

Premettiamo, poi, che la Corte di Cassazione si è espressa ancora una volta sulla distinzione lavoro autonomo-subordinato con la sentenza n. 2622/2004, affermando che: “*ogni attività umana economicamente rilevante può essere oggetto sia di rapporto di lavoro subordinato che di rapporto di lavoro autonomo, a seconda delle modalità del suo svolgimento*”.

Passiamo ora definitivamente alla fattispecie del lavoro autonomo, la cui regolamentazione inizia a partire dall’art. 2222 del codice civile che disciplina il contratto d’opera. Esso si configura quando un soggetto “*si obbliga a compiere verso un corrispettivo una opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente*”. Possiamo dire che questa definizione riecheggia la distinzione privatistica tra obbligazione di mezzi e obbligazione di risultato. Infatti, nei rapporti di tipo subordinato è dovuta da parte del lavoratore una prestazione esclusivamente di tipo lavorativo che rispecchia i doveri di diligenza e perizia. Nel caso, invece, di una prestazione di tipo autonomo, ha rilevanza la produzione di un’opera o di un servizio che rappresenta il risultato della prestazione (art. 1176 del codice civile).

Può essere utile una breve divagazione sulle disposizioni del codice civile del 1865 relative alla distinzione autonomia-subordinazione in oggetto. Era definita *locatio*, “*il godimento temporaneo di una cosa in cambio del prezzo*”²¹ e il codice proponeva poi la distinzione tra *locatio operarum* e *locatio operis*. La prima consisteva in uno scambio tra le prestazioni di un soggetto e la “mercede” pattuita; in altre parole il datore di lavoro si assumeva il rischio del rendimento dell’operato di un altro soggetto, il *prestatore di opere*, il quale metteva a disposizione le proprie energie a servizio dell’altro. La *locatio operis*, invece, si realizzava con la produzione dell’*opus* promesso. In buona sostanza la

²¹ M. V. Ballestrero, G. De Simone, *Op. Ult. Cit*, pag. 85.

responsabilità e il rischio connessi alla realizzazione del risultato stabilito nel contratto erano completamente a carico del prestatore, che in questo caso svolgeva il lavoro in completa autonomia. In particolare, si tratta di un vincolo di subordinazione in senso giuridico-formale che qualifica la promessa stipulata dal prestatore²².

2.2 La para-subordinazione

Riprendendo lì dove prima avevamo interrotto la trattazione, l'art. 409, n. 3, cod. proc. civ. così come riformato dalla legge n. 533 dell' 11 agosto 1973 ha esteso la tutela processuale anche ai rapporti di collaborazione che consistono in “prestazioni d'opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato” (c.d. para-subordinazione)²³. Da questo momento, il lavoro subordinato smette di essere forma esclusiva di inserimento nell'organizzazione del datore di lavoro e le collaborazioni coordinate e continuative entrano in forte concorrenza con il tradizionale lavoro dipendente²⁴. Secondo Michele Tiraboschi, tali collaborazioni sarebbero un insieme indistinto di rapporti, accomunati dal vincolo di dipendenza economica, e non una particolare fattispecie negoziale tipica.²⁵

Si tratta di una categoria che non assume pienamente né i caratteri tipici della subordinazione, ma neppure quelli della autonomia²⁶. In buona sostanza laddove finisce il lavoro subordinato, inizia la c.d. “autonomia economico-organizzativa”, tipica del lavoro autonomo.²⁷

²² M. V. Ballestrero, G. De Simone, *Op. Ult. Cit.*, pag. 86.

²³ O. Mazzotta, *Op. Ult. Cit.*, pag. 187.

²⁴ M. Luzzana, F. Colia, *Il lavoro a progetto: spunti di comparazione con le discipline in Europa*, ADAPT University Press, 2012, pag. 1.

²⁵ M. Tiraboschi, *Il lavoro a progetto: profili teorico-ricostruttivi*, in *La riforma del mercato del lavoro: deregolazione o riregolazione?: la legge Biagi nel confronto comparato*, in AA.VV., *Atti del secondo convegno annuale in ricordo di Marco Biagi*, Giuffrè, 2005, pag. 7.

²⁶ M. V. Ballestrero, G. De Simone, *Op. Ult. Cit.*, pag. 122.

²⁷ M. Roccella, *Op. Ult. Cit.*, pag. 56.

La prima definizione di lavoro parasubordinato viene offerta nella legge Vigorelli, la n. 741 del 14 luglio 1959: all'art. 2 tale disposizione estendeva l'applicazione dei contratti collettivi anche alla categoria dei “*rapporti di collaborazione che si concretino in prestazione di opera continuativa e coordinata*”. È il primo caso in cui il Legislatore si preoccupa di tutelare l'interesse di questi prestatori d'opera in virtù di una dipendenza economica derivante dall'aspetto continuativo e coordinato della collaborazione²⁸.

Ricordiamo che la dipendenza economica non ha a che fare con la dipendenza “personale”, intesa esclusivamente come “attributo” della para-subordinazione. In questo caso, infatti, l'attività viene svolta in un contesto organizzativo esterno al lavoratore parasubordinato e in cui egli non ha nessun potere di controllo, poiché l'attività è stata costituita per uno scopo nei confronti del quale lo stesso non ha alcun interesse in senso giuridico. La subordinazione rimane identificata attraverso il concetto di etero-direzione, anche se da un certo punto di vista permane una qual dipendenza economica, si può affermare che essa sia esclusivamente l'“effetto materiale ed extra-giuridico” della fattispecie stessa, mentre per il lavoro autonomo rappresenta un “elemento costitutivo”. Non si intende comunque definire, attraverso la dipendenza economica, un *tertium genus* tra subordinazione e autonomia²⁹.

Con la Legge Vigorelli è stata introdotta, così, l'ipotesi di questa forma contrattuale, anche se, di fatto, il suo ingresso ufficiale nel nostro ordinamento risale soltanto alla legge n. 533/1973 relativa alla riforma del processo del lavoro. Quest'ultima ha di fatto prodotto l'attuale art. 409 del cod. proc. civ.. A seguito della tutela processuale il Legislatore ha provveduto a fornire una tutela previdenziale obbligatoria attraverso la legge n. 335/1995³⁰. L'art. 2 di tale legge al comma 26 afferma che sono obbligati alla iscrizione presso una apposita gestione separata INPS, al fine della estensione della assicurazione generale

²⁸ M. V. Ballestrero, G. De Simone, *Op. Ult. Cit.*, pag. 122.

²⁹ A. Perulli, *Op. Ult. Cit.*, pagg. 12-13.

³⁰ M. V. Ballestrero, G. De Simone, *Op. Ult. Cit.*, pag. 123.

obbligatoria, tutti i soggetti che “*esercitano per professione abituale, ancorché non esclusiva, attività di lavoro autonomo..., nonché i titolari di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa*”. All’interno di questa sezione va distinto chi ha già una qualche altra forma di copertura previdenziale (aliquota del 10 %), da chi ne è sprovvisto (aliquota crescente). La motivazione “ufficiale” che ha spinto il legislatore a realizzare questo sistema previdenziale è fondata sulla volontà di garantire una copertura previdenziale a chi ne sarebbe stato privo, cioè a tutte quelle “nuove” forme di lavoro flessibile. Per alcuni questa novità sarebbe stata solo un pretesto dell’allora governo per “fare cassa” al sistema pubblico. Secondo questo filone di pensiero, tale contributo avrebbe favorito un avanzo di bilancio nel breve-medio periodo, ma nel lungo termine bisognava essere capaci di far fronte al pagamento delle pensioni. In ogni caso la prestazione contributiva è rivolta al pagamento di pensioni di vecchiaia e inabilità, assegni di invalidità e le pensioni dei superstiti.³¹ Solo per fornire un dato, l’aliquota contributiva in origine era fissata al 10 %, è salita al 26 % nel 2010, al 28 % nel 2013 ed è stata del 33 % nel 2014³². I contributi previdenziali sono per due terzi a carico del committente e per la parte rimanente del collaboratore, con diritto di rivalsa nei confronti di quest’ultimo³³.

Con il d.lgs. 23 febbraio 2000 n. 38 la tutela previdenziale obbligatoria contro gli infortuni è stata anche estesa ai lavoratori parasubordinati elencati all’articolo 49, comma 2, lett. a del d.p.r n. 917 del 22 dicembre 1986 che comprende per esempio: le figure dell’amministratore, sindaco o revisore di società, i collaboratori di giornali, riviste, enciclopedie e simili, e altri rapporti di collaborazione coordinata e continuativa³⁴.

³¹ P. M. Ferraresi, G. Segre, *Il futuro previdenziale dei lavoratori parasubordinati*, intervento in occasione della conferenza su *Il futuro dei sistemi di welfare nazionali tra integrazione europea e decentramento regionale*, 2002, pagg. 865 e 878.

³² M. V. Ballestrero, G. De Simone, *Op. Ult. Cit.*, pag. 123.

³³ O. Mazzotta, *Op. Ult. Cit.*, pag. 206.

³⁴ O. Mazzotta, *Op. Ult. Cit.*, pag. 201.

Si noti che con la legge finanziaria del 2007 il Legislatore ha previsto “*programmi per la riqualificazione professionale ed il reinserimento occupazionale*” per i collaboratori a progetto che hanno prestato la loro opera in aziende in condizioni di crisi³⁵, quasi a voler incentivare l’utilizzo di questo istituto. Tutto ciò appare di rilevante importanza alla luce di quanto sarà descritto in seguito. Esclusivamente dal punto di vista fiscale, peraltro, i redditi da lavoro parasubordinato che prevedevano la collaborazione con un unico committente e con retribuzione periodica prestabilita erano assimilati ai redditi da lavoro subordinato³⁶. Rimane comunque garantito che si tratta di una fattispecie del lavoro autonomo, confermata anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 365/1995: tali rapporti di tipo parasubordinato “restano nell’area del lavoro autonomo”.

Ritornando all’art. 409, si noti che sono elencati i tre requisiti della parasubordinazione: continuità, coordinazione e personalità della prestazione d’opera. In particolare, la continuità si concretizza nella soddisfazione di un interesse durevole del committente, la coordinazione è intesa in senso funzionale, intervenendo tra l’opera promessa, l’attività esercitata e l’interesse duraturo del creditore ed il concetto di personalità prevede la prevalenza qualitativa dell’impegno del prestatore sugli altri fattori eventualmente utilizzati. Tutti questi indicatori operano in stretta connessione gli uni con gli altri³⁷.

Per quanto riguarda le tutele legate alla figura del lavoratore parasubordinato in merito a malattia o gravidanza va detto che in linea generale vige il principio della sospensione del contratto. Tuttavia, in caso di malattia e infortunio la sospensione del contratto ha luogo senza erogazione del corrispettivo e senza nessuna proroga della durata del contratto, che si estingue alla scadenza. Mentre, in caso di gravidanza, la durata del rapporto sarà prorogata per un totale di 180 giorni, salvo disposizione più favorevole del contratto individuale, sempre senza

³⁵ O. Mazzotta, *Op. Ult. Cit.*, pag. 201.

³⁶ M. V. Ballestrero, G. De Simone, *Op. Ult. Cit.*, pag. 123.

³⁷ M. V. Ballestrero, G. De Simone, *Op. Ult. Cit.*, pag. 124.

erogazione di salario (art. 66 d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276). L'indennità di maternità di queste lavoratrici è pari all'80% del corrispettivo complessivamente ottenuto nei dodici mesi precedenti all'inizio del periodo di maternità. Tali collaboratori non hanno, tuttavia, diritto a congedi parentali o permessi in caso di malattia dei figli.

Solo per fornire una informazione di tipo quantitativo, anche se, come suggerisce Altieri, è stato difficile ottenere un dato di tipo prospettico, poiché l'iscrizione alla gestione separata INPS era di nuovo conio, nel 2004 i parasubordinati in Italia superavano i 3 milioni.³⁸

Dal punto di vista tipologico, è stato stimato che i collaboratori in senso stretto sono principalmente giovani adulti, collocati per la maggior parte nelle zone urbane del centro-nord d'Italia, che hanno riscontrato difficoltà nel tentare di costruire un "percorso di stabilità" e che lavorano nel settore dei servizi a imprese e famiglie. È emerso, oltretutto, che i collaboratori con un solo committente sono la grandissima maggioranza (92 %).³⁹ Le motivazioni che spingono le imprese a ricorrere a tali figure riguardano sì il minor costo del lavoro e la maggiore libertà nella scelta del collaboratore, ma anche e soprattutto la possibilità di fruire di personale con un elevato grado di professionalità⁴⁰.

Tale attività di tipo parasubordinato, può essere inoltre riscontrata nello schema contrattuale della citata associazione in partecipazione. Riprendendo il concetto, l'associato riceve una partecipazione agli utili in cambio di un determinato apporto (art. 2549 cod. civ.). La gestione dell'azienda rimane comunque in capo all'associante, mentre l'associato ha il diritto di controllare l'andamento generale, avendo comunque la possibilità di consultare il rendiconto (art. 2552 cod. civ.). Oltre alla partecipazione agli utili, salvo patto contrario, l'associato

³⁸ G. Altieri, *Dalle collaborazioni continuate e continuative al lavoro a progetto: cosa cambia nel mercato del lavoro italiano*, in *Il "lavoro a progetto" in Italia e in Europa*, Il Mulino, 2006, pag. 29.

³⁹ G. Altieri, *Op. Ult. Cit.*, pag. 40.

⁴⁰ G. Altieri, *Op. Ult. Cit.*, pag. 70.

partecipa in egual misura alle perdite, eccezion fatta nel caso in cui queste ultime superino il valore del suo apporto (art. 2553 cod. civ.). La figura dell'associante è caratterizzata da una "attenuazione" dei suoi poteri datoriali rispetto al caso dei contratti di tipo subordinato. Per quanto concerne, invece, l'associato, è curioso notare come egli sia sottoposto al rischio d'impresa ed, oltretutto non riceva alcun compenso per la opera prestata, tipico dei contratti di lavoro dipendente⁴¹. Quanto descritto, però, può facilmente non apparire così evidente e fornire un espediente all'utilizzo della associazione in partecipazione per "mascherare"⁴² l'esistenza di subordinazione.

2.2.1 Lavoro parasubordinato e tutele prima della "Riforma Fornero-Monti"

La storia recente del diritto del lavoro italiano ha conosciuto importanti riforme come il c. d. "pacchetto Treu" (l. n. 196/2007) intenzionato a portare modifiche radicali all'intero sistema. In seguito, è intervenuta la Riforma Biagi con il d.lgs. n. 276 del 10 settembre 2003 con l'obiettivo di modernizzare le norme e le tutele in relazione al progresso economico in corso⁴³.

Possiamo dire che negli ultimi trent'anni vi sia stato un "crescendo normativo" che ha contribuito ad irrigidire l'istituto del lavoro autonomo coordinato e continuativo, prima attraverso una riconduzione "forzata" ad un progetto con la Riforma Biagi e, successivamente, con un inasprimento ulteriore con la Riforma Fornero, deprimendo le potenzialità dello sviluppo di un lavoro autonomo autentico anche nella caratteristica di "dipendenza economica"⁴⁴.

La letteratura giuridica appare pressoché concorde nel definire la Riforma Biagi un passo a tutti gli effetti importante nel percorso di modernizzazione italiano,

⁴¹ O. Mazzotta, *Op. Ult. Cit.*, pag. 215.

⁴² O. Mazzotta, *Op. Loc. Ult. Cit.*, 2014.

⁴³ G. Zilio Grandi e E. Massagli, *Dal decreto-legge n.76/2013 alla legge 99/2013 e circolari "correttive": un percorso di lettura*, ADAPT University Press, 2013.

⁴⁴ A. Perulli, *Op. Ult. Cit.*, pag. 4.

tuttavia, si è arrestato, non riscontrando nelle riforme successive alcuna spinta ulteriore.

La crescita delle collaborazioni coordinate e continuative ha suscitato “allarme sociale”, poiché preoccupava la condizione di sotto-protezione dei lavoratori che erano impiegati in condizioni di subordinazione, non soltanto economica ma anche giuridica⁴⁵.

Ai fini della trattazione, è, quindi, opportuno sviluppare l’analisi delle varie discipline che si sono succedute negli ultimi anni in merito al lavoro parasubordinato.

Passiamo, quindi, a descrivere le linee guida della riforma Biagi: si tratta della legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro del 14 febbraio 2003, n. 30, che ha trovato applicazione attraverso il decreto legislativo del 10 settembre 2003, n. 276. Come si deduce facilmente già dal primo articolo della legge delega, l’obiettivo principale consisteva nel miglioramento degli strumenti di efficienza e trasparenza del mercato del lavoro e nell’agevolazione dell’inserimento professionale dei disoccupati e di chi era alla ricerca di un primo impiego. Per quanto riguardava le collaborazioni coordinate e continuative la legge aveva, tra gli altri, l’obiettivo di contrastare l’abuso di tali rapporti che risultavano “in concorrenza” con il lavoro subordinato.⁴⁶ L’articolo 4 al comma c) di tale legge delega fa riferimento alle collaborazioni coordinate continuative e delinea la disciplina che poi il decreto legislativo sviluppa nel dettaglio. In particolare, la collaborazione coordinata e continuativa deve essere riconducibile “*a uno o più progetti o programmi di lavoro o fasi di esso, resi con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione*”. In buona sostanza, il Legislatore ha cercato di valorizzare un elemento senza alcuna “*virtù identificativa della natura del rapporto*”: il progetto⁴⁷. In mancanza di quest’ultimo interviene la presunzione assoluta di subordinazione.

⁴⁵ M. V. Ballestrero, G. De Simone, pag. 124.

⁴⁶ M. Luzzana, F. Colia, *Op. Ult. Cit.*, pag. 5.

⁴⁷ A. Perulli, *Op. Ult. Cit.*, pag. 5.

In ragione di questa caratteristica, tali collaborazioni sono meglio note come co.co.pro.

Distingue, poi, questa tipologia dal lavoro meramente occasionale, intendendo quest'ultimo un rapporto *“di durata complessiva non superiore a 30 giorni nel corso di un anno solare con lo stesso committente”*, salvo che il compenso complessivo per tale prestazione sia superiore a 5.000 €. Il Legislatore ha quindi separato le collaborazioni di tipo meramente occasionale dalle altre, senza riferirsi al progetto in ragione della portata limitata del rapporto⁴⁸, in modo tale da consentire che l'autonomia privata potesse continuare ad operare⁴⁹.

Rimangono, peraltro, esclusi gli agenti e i rappresentanti di commercio e *“le professioni intellettuali per l'esercizio delle quali è necessaria la iscrizione in appositi albi professionali, esistenti alla data di entrata in vigore del decreto legislativo”*, nonché le prestazioni rese a fini istituzionali in favore di associazioni e società sportive e percettori di pensione di vecchiaia (art. 61, co. 3). In questa eccezione alcuni hanno voluto intravedere *“logiche corporative di privilegio in favore di alcune categorie di committenti”* e una forma di disparità di trattamento.⁵⁰

Oltre a ciò il decreto legislativo inserisce la già citata disciplina su malattia, infortunio e gravidanza, e la parte relativa al profilo sanzionatorio. In particolare, l'art. 69 dello stesso decreto vieta la stipulazione di contratti di collaborazione coordinata continuativa cosiddetti *“atipici”*. Qualora, infatti, venga instaurato un contratto di collaborazione senza la individuazione di *“uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso”*, tale rapporto si considera di tipo subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione. E al secondo comma dello stesso articolo, il Legislatore menziona la già sopra descritta, funzione di accertamento del giudice, volta a verificare

⁴⁸ M. Tiraboschi, *Op. Ult. Cit.*, pag. 14.

⁴⁹ V. Pinto, *Prime chiose sulla nuova disciplina delle collaborazioni a progetto*, WP C. S. D. L. E. *“Massimo D'Antona”*, 2012, pag. 26.

⁵⁰ M. Pallini, *Il lavoro a progetto: ritorno al...futuro?*, in AA.VV., *Il “lavoro a progetto” in Italia e in Europa*, Il Mulino, 2006, pag. 140.

che la collaborazione in oggetto non celi, invece, nei fatti una forma contrattuale di tipo subordinato. Nel caso in cui il giudice attesti che ciò è avvenuto, tale contratto si trasforma nel rapporto di lavoro subordinato effettivamente realizzatosi tra le parti. Ma la legge continua precisando che ai fini del giudizio, il controllo del giudice deve limitarsi all'accertamento della esistenza del progetto, ma non può spingersi nel merito di “*scelte tecniche, organizzative o produttive che spettano al committente*” (art. 69, comma 3 D.Lgs. 276/2003). Anche in ragione di quanto descritto nelle pagine precedenti in merito alle funzioni del giudice, questo ultimo comma citato sembra “alquanto contraddittorio”⁵¹. Come afferma il Mazzotta, sembra che il giudice debba arrestare il proprio operato di fronte alla “*mera prospettazione della esistenza del progetto, senza poterne valutare la concreta consistenza*”⁵².

Il problema che si pone qui è, quindi, capire quale sia il significato da attribuire al progetto, poiché sul lato pratico sembra costituire nient'altro che l'esito di una valutazione unilaterale del committente, risultando insindacabile anche dal giudice⁵³.

Le opinioni della letteratura sul tema sono molteplici. Il progetto può essere inteso come quell'attività che realizza “*l'interesse produttivo del creditore*” e in virtù del fatto che sia “*temporalmente ben circoscritto*” giustifica l'utilizzo dell'istituto del lavoro a progetto⁵⁴. Può essere altresì inteso quale pianificazione di una attività nella prospettiva della realizzazione di un'opera o di un servizio destinati ad essere “*integrati nell'organizzazione del committente*”⁵⁵.

Per quanto riguarda il tipo di obbligazione che si configura in una collaborazione a progetto, si potrebbe essere portati a pensare che una obbligazione di risultato sia più “idonea” a produrre la piena realizzazione

⁵¹ O. Mazzotta, *Op. Ult. Cit.*, pag. 205.

⁵² O. Mazzotta, *Op. Loc. Ult. Cit.*, 2014.

⁵³ V. Pinto, *Op. Ult. Cit.*, pag. 6.

⁵⁴ P. Ichino, *L'anima laburista della Legge Biagi*, relazione al convegno del Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro “Domenico Napoletano” su “*Nuovi lavori e tutele*”, Napoli, 2005.

⁵⁵ V. Pinto, *Loc. Op. Ult. Cit.*

dell'interesse che ha determinato il vincolo, mentre, attraverso una obbligazione di mezzi, il compimento del risultato non entrerebbe a far parte del rapporto obbligatorio. Tuttavia, si è giunti a dedurre che l'adempimento dell'obbligazione, in ogni caso, produce adempimento dell'interesse del creditore, perché dal punto di vista formale “interesse finale e interesse strumentale coincidono” sempre. La prestazione e il risultato sono semplicemente due fasi del medesimo fenomeno⁵⁶.

Oltretutto, una sentenza del Tribunale di Bologna⁵⁷ ha chiarito che, poiché la gestione del progetto deve compiersi in funzione di un “risultato”, possono costituire valide fattispecie del rapporto sì le obbligazioni di risultato, ma anche quelle di mezzi.⁵⁸

Infine, il Legislatore conclude la disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative affermando all'articolo 86 del decreto che quei contratti già esistenti non riconducibili ad un progetto mantengono efficacia fino alla scadenza e comunque non oltre un anno.

In caso di utilizzo improprio delle collaborazioni, i committenti si espongono a sanzioni economiche molto onerose. La circolare INPS n. 74/03 ha chiarito che la simulazione che si perpetui attraverso un falso rapporto di collaborazione porta all'applicazione del regime sanzionatorio più favorevole per le omissioni contributive (stimato intorno al 63 % del costo sostenuto in un anno per la gestione del rapporto con il collaboratore).⁵⁹

L'obiettivo del Legislatore era creare una disciplina che potesse contrastare gli abusi e fornire qualche forma di garanzia a tali collaboratori, è stato raggiunto solo parzialmente. Infatti, vi erano molti limiti nel campo di applicazione delle nuove disposizioni che delineavano, inoltre, una certa vaghezza nei caratteri

⁵⁶ A. Perulli, *Il lavoro autonomo tradito e il perdurante equivoco del “lavoro a progetto”*, ADAPT University Press, 2013, pag. 12.

⁵⁷ Tribunale di Bologna, 6 febbraio 2007, in *ADL*, 2007, 1, 85.

⁵⁸ M. Luzzana, F. Collia, *Op. Ult. Cit.*, pag. 4.

⁵⁹ G. Altieri, *Op. Ult. Cit.*, pag. 67.

essenziali della fattispecie e una “debolezza” nelle garanzie: in buona sostanza non si può parlare di una vera e propria innovazione⁶⁰.

Il decreto legislativo 273/2003 poi affronta anche il problema spinoso dell’associazione in partecipazione, senza peraltro apportare soluzioni di tipo significativo al problema dell’abuso di tale istituto anzi, favorendo la crescita dell’utilizzo⁶¹.

Prima dell’arrivo della c.d. legge Biagi, la Corte di Cassazione si è più volte pronunciata in merito a questo istituto, anzitutto chiarendo che si esclude che “*la prestazione dell’associato sia una prestazione lavorativa*” e che essa assuma le peculiarità del lavoro subordinato in ragione dell’inserimento all’interno dell’azienda o per l’assoggettamento ai poteri direttivi del datore di lavoro⁶². La stessa Corte ha poi affermato che il rispetto di un orario di lavoro e di precise disposizioni dell’associante non sono “discriminanti” per ricondurre il rapporto nello schema del lavoro subordinato; infatti, tali aspetti non risultano inconciliabili con l’esercizio dei poteri da parte dell’associante di direzione e controllo poiché costituiscono esclusiva espressione del diritto di gestione e non necessariamente del datore nei confronti del lavoratore subordinato. Il confine, quindi, tra lavoro autonomo e subordinato ne risulta molto compromesso. Per questo il Legislatore è intervenuto nella Legge delega 276/2003 all’art. 86, comma 2, definendo che, “*in caso di rapporti di associazione in partecipazione resi senza una effettiva partecipazione ed adeguate erogazioni a chi lavora, il lavoratore ha diritto ai trattamenti contributivi, economici e normativi stabiliti dalla legge... per il lavoro subordinato svolto nella posizione corrispondente del medesimo settore di attività*”, a meno che il datore di lavoro o committente non provi che la prestazione è riconducibile ad una tipologia disciplinata dal decreto stesso o ad un contratto speciale o autonomo o altro previsto dall’ordinamento.

⁶⁰ M. V. Ballestrero, G. De Simone, *Op. Ult. Cit.*, pag. 125.

⁶¹ M. V. Ballestrero, G. De Simone, *Op. Ult. Cit.*, pag. 113.

⁶² M. V. Ballestrero, G. De Simone, *Op. Ult. Cit.*, pag. 112.

Il tentativo del Legislatore sembra aver ibridato la fattispecie dell'associazione in partecipazione con alcuni aspetti tipici della subordinazione.

È stata, poi, introdotta una importante misura antielusiva: dal 1 gennaio 2004 gli utili corrisposti all'associato sono assoggettati a contribuzione in forme e misure analoghe a quelle previste per le collaborazioni coordinate continuative⁶³.

2.2.2 Le novità introdotte dalla “Riforma Fornero-Monti”

Con la fine del primo decennio del Duemila l'impulso della Riforma Biagi non ha più potuto produrre i suoi effetti anche a causa della forte crisi economica che si è prospettata, la più imponente dell'ultimo cinquantennio. Tale situazione di difficoltà ha intaccato gran parte dei mercati occidentali, ad eccezione di quello tedesco. Nel dicembre del 2011 il tasso di disoccupazione in Italia era pari al 9,6%, 32,6% quello giovanile tanto che si è parlato di un ritorno alle condizioni precedenti al pacchetto Treu. Dopo l'insediamento di un governo tecnico è stata approvata la Riforma Fornero con la legge n. 92/2012. Lo stesso Ministro Fornero ha affermato che lo scopo di tale riforma era far scendere il tasso di disoccupazione e incoraggiare, attraverso l'apprendistato, l'utilizzo del contratto di lavoro dipendente a tempo indeterminato, essendo questa la forma prevalente e fondamentale⁶⁴.

Ai fini della nostra indagine, in particolare, l'obiettivo del Legislatore era principalmente quello di assoggettare a limitazioni rigorose l'ancora troppo agevole ricorso al lavoro a progetto, per ridurre gli abusi e le “distorsioni” che portavano questo istituto ad avvicinarsi sempre più al contratto di lavoro subordinato⁶⁵. A questo proposito, Adalberto Perulli afferma che la Riforma Fornero “parla” la stessa lingua della Riforma Biagi, guardando al fenomeno del lavoro economicamente dipendente o parasubordinato come ad una fattispecie

⁶³ M. V. Ballestrero, G. De Simone, *Op. Loc. Ult. Cit.*

⁶⁴ G. Zilio Grandi e E. Massagli, *Op. Loc. Ult. Cit.*

⁶⁵ M. V. Ballestrero, G. De Simone, *Op. Ult. Cit.*, pag. 125.

“fittizia”. Si è prevalentemente concentrata sulla repressione del fenomeno, piuttosto che sulla “*valorizzazione del lavoro autonomo genuino*”.⁶⁶

A partire, quindi, dal 28 giugno 2012 l’istituto delle collaborazioni coordinate e continuative ha subito notevoli modificazioni, apportate direttamente al decreto legislativo 276/2003. L’art. 1 al comma 23 lett. a) aggiunge al precedente art. 61 del d.lgs. 276/2003 che “*il progetto deve essere funzionalmente collegato ad un determinato risultato finale e non può consistere in una mera riproposizione dell’oggetto sociale del committente*”. E continua definendo che tale progetto non può produrre “*compiti meramente esecutivi o ripetitivi*”. Si noti che quello che rileva ai fini dell’analisi è l’inserimento del menzionato “*risultato finale*”. Non è chiaro quali siano le conseguenze della presenza di compiti esecutivi o ripetitivi, si tratta di un caso riconducibile alla mancanza del progetto e quindi passibile della sanzione di cui all’art. 69 comma 1, che vedremo in seguito.

Sul punto è intervenuta la Circolare n. 29 del 2012 - collaborazione coordinata e continuativa a progetto - indicazioni operative per il personale ispettivo, precisando che poiché il progetto deve essere collegato ad un determinato risultato finale, è ora esplicitamente richiesta la “*descrizione del progetto*” e non più la “*mera indicazione*” di esso, con la precisazione del contenuto caratterizzante e del risultato finale che si intende conseguire. In relazione all’attività prestata dal collaboratore ci si attende il raggiungimento di un risultato finale “*obiettivamente verificabile*”. Si precisa che tale risultato costituisce elemento necessario ai fini della validità del progetto stesso.

Nella Circolare, inoltre, si afferma che il collaboratore produce, quindi, un risultato attraverso una “*modificazione della realtà materiale*”, e sono riportati alcuni casi pratici. Si pone, quindi, il problema di tutte quelle professioni attinenti al lavoro intellettuale⁶⁷. Si indica quale “*raggiungimento di un risultato finale*” lo sviluppo di uno specifico software, e non la mera attività ordinaria di gestione. La Circolare riporta, altresì, il caso dell’ideazione di una scenografia e

⁶⁶ A. Perulli, *Op. Ult. Cit.*, pagg. 2-7.

⁶⁷ L. Fiorillo, A. Perulli, *Op. Ult. Cit.*, pag. 99.

non il mero allestimento del palco. Come fa notare ancora Perulli, se “*ogni attività umana economicamente rilevante può essere oggetto sia di rapporto di subordinato sia di rapporto di lavoro autonomo*”, oltretutto ogni attività lavorativa umana comporta una “*modificazione della realtà materiale*”.⁶⁸

Per quanto riguarda l'impossibilità di inserire in un contratto a progetto “compiti meramente esecutivi”, la stessa Circolare n. 29/2012, ha proposto una “lista” di prestazioni che non sono “idonee” a costituire oggetto del contratto⁶⁹. Sembra, ancora una volta, superato il principio generale sopra menzionato “principio di indifferenza”⁷⁰.

Tornando al contenuto della riforma, è stato, invece, soppresso ogni riferimento al “*programma o alle sue fasi*” che permetteva di attribuire al collaboratore anche piccoli frammenti dell'organizzazione produttiva. Peraltro, il Legislatore ha tenuto conto dell'orientamento della giurisprudenza che non permetteva contratti di lavoro a progetto senza un incarico specifico o in cui vi fosse coincidenza con l'attività normale della azienda o nei quali non vi fosse contenuto professionale⁷¹. A tal proposito, al comma 27 dello stesso articolo in oggetto, la c. d. “Legge Fornero” precisa che l'esclusione dalla disciplina del lavoro a progetto opera nei confronti di quelle attività che prevedono l'iscrizione ad un albo professionale, cioè non è sufficiente la “mera” appartenenza⁷².

Il nuovo contratto di collaborazione coordinata e continuativa deve contenere, quindi, la descrizione del progetto e l'individuazione del risultato finale che si intende conseguire. E l'articolo prosegue inserendo il regime sanzionatorio: fatta salva la prova contraria a carico del committente, i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, anche a progetto, devono essere considerati rapporti di lavoro subordinato sin dalla data di costituzione del rapporto, nel caso in cui

⁶⁸ A. Perulli, *Op. Ult. Cit.*, pag. 14.

⁶⁹ A. Perulli, *Op. Ult. Cit.*, pag. 18.

⁷⁰ L. Fiorillo, A. Perulli, *Op. Ult. Cit.*, pag. 106.

⁷¹ M. V. Ballestrero, G. De Simone, *Op. Ult. Cit.*, pag. 128.

⁷² O. Mazzotta, *Op. Ult. Cit.*, pag. 206.

L'attività sia svolta con le modalità tipiche di quella del lavoro dipendente, sono escluse le prestazioni di alta professionalità (art. 1, comma 23, lettera g).

In buona sostanza si potrà realizzare una sorta di “*mostrum*” concettuale poiché vi sarà un rapporto di subordinazione a tutti gli effetti, ma senza “eterodirezione”.⁷³

L'autonomia collettiva individua poi quali siano le circostanze di “elevata professionalità” e, in mancanza di specifiche clausole, sarà il giudice di merito a stabilire quale sia il livello minimo di conoscenze e competenze⁷⁴. Quello che rileva è la “riqualificazione” del rapporto, che non risulta più a tempo indeterminato, come nel caso della mancanza del progetto; in altre parole potrà trattarsi di un lavoro a termine, o a tempo parziale per esempio⁷⁵. Permane, invece, ancora il regime sanzionatorio in caso di mancanza del progetto: in tal caso il contratto di collaborazione si trasforma in un rapporto di lavoro subordinato a tempo determinato (art. 1, comma 24).

È stata, peraltro, introdotta una possibilità di proroga del contratto per i contratti di collaborazione che hanno ad oggetto attività di ricerca scientifica nel caso in cui sia necessario un prolungamento dell'attività in connessione al progetto concordato⁷⁶.

La Legge Fornero introduce un nuovo articolo al Decreto attuativo della Riforma Biagi, il 69-*bis*, si presume collaboratore la “*persona titolare di posizione fiscale ai fini dell'imposta sul valore aggiunto*” qualora sussistano due dei seguenti requisiti:

- che la collaborazione duri complessivamente più di otto mesi nell'arco dell'anno solare;
- che il corrispettivo, anche se fatturato a diversi soggetti che comunque appartengono allo stesso centro di imputazione, corrisponda a più dell'80

⁷³ L. Fiorillo, A. Perulli, *Op. Ult. Cit.*, pag. 109.

⁷⁴ V. Pinto, *Op. Ult. Cit.*, pag. 11.

⁷⁵ M. V. Ballestrero, G. De Simone, *Op. Ult. Cit.*, pag. 131.

⁷⁶ G. Zilio Grandi e E. Massagli, *Op. Loc. Ult. Cit.*

% dei corrispettivi percepiti complessivamente dal collaboratore nell'anno⁷⁷;

- che il collaboratore abbia a disposizione una postazione di lavoro fissa in una sede del committente.

Tale presunzione ammette prova contraria. Si noti che al secondo punto, il Legislatore italiano inserisce per la prima volta nel nostro ordinamento il criterio della “dipendenza economica”, contemplato nel Libro Verde della Commissione Europea, e già da tempo introdotto nel sistema tedesco.⁷⁸

L'articolo continua, precisando che tale presunzione non ha efficacia nel caso in cui:

- la prestazione sia caratterizzata da “competenze teoriche di grado elevato acquisite attraverso significativi percorsi formativi”; e
- la stessa prestazione sia svolta da titolare di reddito annuo da lavoro autonomo superiore o uguale a 1,25 volte il livello minimo imponibile ai fini del versamento dei contributi previdenziali ai sensi dell'art. 1, comma 3 della Legge n. 233/1990⁷⁹.

Non opera, comunque, rispetto a quelle attività che richiedono l'iscrizione ad un albo professionale.

Inizialmente, il Legislatore fornisce una sorta di presunzione di tipo relativo, poiché ammette la prova contraria che avviene nel caso in cui sussistano alcuni presupposti: il primo di durata; il secondo legato al corrispettivo che porta in evidenza la “dipendenza economica” del lavoratore a progetto dal committente; ed il terzo relativo alla collocazione fisica del collaboratore. Questa ultima presunzione è apparsa discutibile, poiché per esempio un consulente (figura

⁷⁷ Cfr. V. Pinto, *Op. Ult. Cit*, pag. 18.

⁷⁸ A. Perulli, *Op. Ult. Cit.*, pag. 20.

⁷⁹ Il livello minimo imponibile ai fini del versamento dei contributi previdenziali dovuti alle gestioni di cui al comma 1 da ciascun assicurato è fissato nella misura del minimale annuo di retribuzione che si ottiene moltiplicando per 312 il minimale giornaliero stabilito, al 1° gennaio dell'anno cui si riferiscono i contributi, per gli operai del settore artigianato e commercio dall'articolo 1 del decreto-legge 29 luglio 1981, n. 402, convertito con modificazioni, dalla legge 26 settembre 1981, n. 537, e successive modificazioni ed integrazioni.

sicuramente autonoma) potrebbe aver bisogno di una postazione nelle sedi del committente, al contrario un lavoratore subordinato potrebbe operare esclusivamente senza alcuna collocazione fissa ma nella forma del telelavoro⁸⁰.

In ogni caso nessuno degli indici sopraelencati risulta sufficiente ad escludere l'autonomia della prestazione del titolare di partita IVA, spetterà al committente dimostrare che si è svolto in maniera autonoma “senza continuità e coordinamento”. Qualora, invece, manchi il progetto ci troveremmo ancora una volta all'interno una presunzione di tipo assoluto di lavoro subordinato⁸¹.

È proprio in questa sede che il Legislatore chiarisce la questione relativa agli oneri contributivi e, come già detto, nel caso di una collaborazione coordinata e continuativa vige l'obbligo di iscrizione alle gestione separata INPS e il versamento spetta per due terzi al committente e per un terzo al collaboratore, che ha poi diritto di rivalsa nei confronti dello stesso committente.

La Legge Fornero ha anche parzialmente riformato la disciplina del recesso dal rapporto: rimane inalterata la possibilità per il committente di recedere dal contratto qualora intervenga una sospensione per malattia o infortunio di durata superiore ad un sesto a quella prevista dal contratto, o maggiore ai trenta giorni per i contratti di durata determinabile. La disciplina Fornero continua ad ammettere per entrambe le parti la possibilità di recesso per giusta causa prima della scadenza del termine e consente altresì, solo per il committente, una ulteriore ipotesi nel caso emergano “*oggettivi profili di inidoneità professionale del collaboratore tali da rendere impossibile la realizzazione del progetto*” a condizione che tali aspetti non fossero già conoscibili dal committente prima dell'instaurazione del rapporto. Per il collaboratore, invece, non è ammessa alcuna facoltà di recesso ulteriore a quella per giusta causa. La disciplina del recesso appare molto più vincolante per il collaboratore che per il committente⁸².

⁸⁰ M. V. Ballestrero, G. De Simone, *Op. Ult. Cit*, pag. 135.

⁸¹ M. V. Ballestrero, G. De Simone, *Op. Loc. Ult. Cit*.

⁸² V. Pinto, *Op. Ult. Cit.*, pagg. 29-31.

Aspetto del tutto innovativo è l'introduzione di una indennità di fine rapporto per i collaboratori a progetto del tutto riformata. Tale vantaggio era previsto esclusivamente per gli iscritti alla cosiddetta Gestione separata INPS e rimanevano, invece, esclusi coloro che avevano sottoscritto un contratto diverso da quello a progetto e che avrebbero potuto prestare quella collaborazione per mezzo di un altro schema negoziale. Con la Legge Fornero si introduce anche il cosiddetto "stato di bisogno" per poter accedere a tale indennità: elementi fondamentali sono la mono-committenza per l'intero anno precedente, un compenso lordo non superiore a ventimila euro e lo stato di disoccupazione nel medesimo anno per un periodo ininterrotto di almeno due mesi. La scelta del Legislatore sembra dettata da motivi di sostenibilità finanziaria⁸³.

Senz'altro tale provvedimento ha prodotto una restrizione dello spazio entro cui un contratto di collaborazione a progetto può essere "*legittimamente*" stipulato⁸⁴. Per quanto concerne, invece, l'istituto della associazione in partecipazione, la Legge Fornero dispone nuovi limiti alla disciplina. Innanzitutto afferma che nel caso in cui l'apporto dell'associato corrisponda ad una prestazione di lavoro, il numero degli associati in partecipazione non può superare il numero di tre, eccezion fatta nel caso in cui gli associati siano legati all'associante da rapporti coniugali o di parentela entro il terzo grado e di affinità entro il secondo. In caso di violazione di tale disposizione il contratto si considera di tipo subordinato a tempo indeterminato (art. 1, comma 28 L. 92/2012).

La Legge abroga poi il comma 2 dell'art. 86 del d.lgs. 276/2003 dove si garantivano all'associato che non avesse partecipato effettivamente agli utili gli stessi trattamenti contributivi, economici e normativi del lavoratore subordinato, per sostituirlo con il comma 30 che afferma che tali rapporti si presumono, invece, di tipo subordinato a tempo indeterminato. Anche in virtù di quest'ultimo cambiamento possiamo dire vi sia stato un inasprimento della disciplina dell'associazione in partecipazione.

⁸³ V. Pinto, *Op. Ult. Cit.*, pag. 32.

⁸⁴ M. V. Ballestrero, G. De Simone, *Op. Ult. Cit.*, pag. 125.

In buona sostanza, la Legge Fornero ha aggiunto queste limitazioni introducendo il comma 2 all'articolo 2549 del codice civile e, per completezza, è opportuno citare anche il comma 3 inserito nel 2013. Tale comma afferma che le disposizioni di cui al comma precedente non vanno applicate alle imprese a scopo mutualistico, agli associati individuati attraverso l'elezione dell'organo assembleare e al rapporto tra produttori e artisti, interpreti, esecutori ai fini della realizzazione di registrazioni sonore, audiovisive e di immagini in movimento.

La letteratura è assolutamente concorde nell'affermare che la Riforma Fornero non è riuscita a raggiungere l'obiettivo di una riduzione del tasso di disoccupazione; è stata anche definita una buona legge in previsione di un periodo di una grande crescita economica, ma inadeguata per fronteggiare una situazione di grave crisi economica e, soprattutto, occupazionale⁸⁵. Tale provvedimento ha rallentato un mercato del lavoro già fermo dal 2008, irrigidendo ulteriormente la flessibilità in entrata⁸⁶.

Oltretutto, il Legislatore è stato mosso dalla convinzione di poter produrre "disincentivi normativi" capaci di garantire il rispetto spontaneo della legge, ma ha omesso di intervenire laddove era necessario risolvere alcune questioni di fondo⁸⁷.

Per ragioni di completezza si noti che soltanto un anno dopo l'Esecutivo guidato da Enrico Letta è nuovamente intervenuto in materia di lavoro, apponendo alcuni interventi di tipo marginale. Come fa notare Emanuele Massagli, il numero delle norme è "*nemico della comprensibilità e della semplificazione*" che sono, quindi, destinate a non essere applicate⁸⁸.

⁸⁵ G. Zilio Grandi e E. Massagli, *Op. Ult. Cit.*

⁸⁶ AA.VV., *Crisi economica del lavoro in Francia, Germania, Italia e Spagna*, ADAPT University Press, 2014, pag. 52.

⁸⁷ V. Pinto, *Prime chiose sulla nuova disciplina delle collaborazioni a progetto*, cit., pag. 4.

⁸⁸ G. Zilio Grandi e E. Massagli, *Op. Ult. Cit.*

2.2.3 Gli ultimi sviluppi: lavoro autonomo e lavoro “etero-organizzato” nel c.d. “Jobs Act”

Di assai recente definizione sono le disposizioni introdotte dal Jobs Act⁸⁹, Legge n. 183 del 10 dicembre 2014 e, in particolare dal decreto attuativo n. 81 del 15 giugno 2015.

La legge n. 183/2014, all’art. 1 delega il Governo ad adottare entro sei mesi dei decreti legislativi ed in particolare uno contenente *“un testo organico semplificato delle discipline e delle tipologie contrattuali e dei rapporti di lavoro”*, in virtù dei principi elencati e coerentemente con le leggi dell’Unione Europea e convenzioni internazionali. Tra le indicazioni principali di questa legge per rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro di coloro che sono in stato di disoccupazione troviamo (art. 7):

- l’individuazione e l’analisi di tutte le forme contrattuali esistenti, per dare coerenza con il *“tessuto occupazionale e con il contesto produttivo nazionale e internazionale”*;
- promuovere, secondo le indicazioni europee, il contratto a tempo indeterminato come forma comune di contratto di lavoro in maniera che risulti più “conveniente” rispetto ad altre forme contrattuali;
- introduzione del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all’anzianità di servizio per le nuove assunzioni;
- misure di promozione dell’alternanza scuola-lavoro;
- revisione della disciplina delle mansioni in caso di ristrutturazione o riorganizzazione aziendali;
- riforma dei sistemi di controllo a distanza nei luoghi di lavoro, tenendo comunque in giusto conto le necessità di riservatezza del lavoratore ma anche le esigenze produttive dell’azienda;

⁸⁹ Si noti che il termine “Jobs Act” si riferisce all’acronimo di “Jumpstart Our Business Start-ups”, legge statunitense promulgata durante la presidenza Obama nel 2012 a favore di piccole entità economiche. In Italia, viene utilizzato in riferimento ad un insieme di interventi normativi sul lavoro di carattere generale.

- ipotesi di introdurre anche sperimentalmente un compenso orario minimo applicabile al lavoro subordinato e, “*fino al loro superamento*”, alle collaborazioni coordinate continuative;
- estensione del ricorso alla tipologia del lavoro accessorio per attività discontinue e occasionali;
- razionalizzazione e semplificazione dell’attività ispettiva.

Il Jobs Act sembra avere obiettivi precisi, legati soprattutto alle disposizioni europee, ma ciò che senz’altro rileva maggiormente è la volontà di eliminare le collaborazioni coordinate e continuative.

Passando all’applicazione della Legge 183/2014, il decreto legislativo n. 81 del 15 giugno 2015, all’art. 1 ribadisce, innanzitutto, che il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune del rapporto di lavoro.

Già a partire dall’articolo 2, il Legislatore si rivolge alle collaborazioni organizzate dal committente, affermando che dal 1° gennaio 2016 a tali rapporti verrà applicata la disciplina del rapporto di lavoro subordinato, eccezion fatta per quelle collaborazioni per le quali gli accordi collettivi nazionali prevedono discipline specifiche; per le collaborazioni svolte nell’ambito di prestazioni intellettuali per le quali è necessaria l’iscrizione agli albo⁹⁰; per le attività svolte dai componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società; e per le collaborazioni rese in favore di associazioni e società sportive dilettantistiche. Le collaborazioni oggetto di questo articolo sono, quindi, tutti quei rapporti che prevedono “*prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro*”; la Riforma Fornero si riferiva, invece, al carattere “*prevalentemente personale*” della prestazione⁹¹. Si noti che, oltre all’ampio regime derogatorio, la presunzione di cui all’art. 2 può anche essere

⁹⁰ Cfr. M. Tiraboschi, *Prima lettura del d.lgs. n. 81/2015 recante la disciplina organica dei contratti di lavoro*, ADAPT University Press, 2015, pag. 5.

⁹¹ G. Prosperetti, *Rapporto di lavoro e collaborazioni organizzate*, 2015, pag. 2.

“neutralizzata” attraverso le procedure di certificazione prevista dall’art. 76 del d.lgs. 276/2003⁹².

Per quanto riguarda il concetto di collaborazioni organizzate dal committente, la letteratura nota che la nuova rubricazione sta a significare che bisogna prestare attenzione proprio al requisito della etero-organizzazione⁹³. Siamo passati dalla etero direzione, tipica dei rapporti di lavoro di tipo subordinato, al concetto di etero organizzazione, con particolare riferimento ai tempi e ai luoghi di lavoro. Tale fenomeno non trova definizione all’interno della nostra disciplina e sarà la giurisprudenza a stabilirne i confini. Tuttavia, questo non significa che tali rapporti di lavoro autonomo diventino di tipo subordinato, ma ad essi viene applicata la disciplina del lavoro subordinato. Non cambia la natura del rapporto.⁹⁴

L’articolo 52, è rubricato “*superamento del contratto a progetto*”, prevede l’abrogazione degli articoli del decreto n. 276/2003 dal 61 al 69-bis, i quali continuano ad essere applicabili esclusivamente per la regolazione dei contratti già in atto, e conferma la validità delle disposizioni dell’articolo 409 del codice di procedura civile.

Quello che rileva a questo punto della trattazione è che, scomparendo le collaborazioni a progetto della Riforma Biagi e le connesse tutele legali, sembrano rinascere le antecedenti collaborazioni coordinate e continuative. Esse potranno addirittura svolgersi a tempo indeterminato con minori tutele per il lavoratore⁹⁵. Rimarrebbero, cioè, le forme di lavoro parasubordinato a cui si applica la disciplina del lavoro subordinato, e altre forme contrattuali, caratterizzate per un lavoro prevalentemente personale e un’organizzazione non

⁹² M. Tiraboschi, *Op. Ult. Cit.*, pag. 5.

⁹³ M. Tiraboschi, *Op. Loc. Ult. Cit.*

⁹⁴ T. Treu, *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in Giorn. di Dir. Lav. e Rel. Ind. n. 146, 2015, n. 2, pag. 164.

⁹⁵ M. Tiraboschi, *Op. Loc. Ult. Cit.*

esclusivamente rimessa al committente, nelle quali il rapporto di collaborazione è regolato dalla volontà delle parti⁹⁶.

In buona sostanza un committente che dal 1 gennaio 2015 vorrà stipulare un rapporto di lavoro non subordinato dovrà farlo ai sensi del residuale art 409 del cod. di proc. civ. in virtù, cioè, di una collaborazione coordinata e continuativa ante riforma Biagi, senza la riconduzione ad un progetto. Ma con ogni probabilità il datore di lavoro correrà il rischio di far cadere tale rapporto sotto la definizione di “lavoro organizzato dal committente” e si verificherà la conseguente riconduzione alla disciplina del lavoro autonomo.

Ciò che conferma quanto anticipato nel decreto 183/2014 è certamente contenuto nell’articolo 54, “*stabilizzazione dei collaboratori coordinati e continuativi anche a progetto e di persone titolari di partita IVA*”. Si tratta in buona sostanza di una misura, ancora una volta, adottata per tentare di favorire l’applicazione del contratto subordinato a tempo indeterminato. Infatti, i datori di lavoro che intendano assumere lavoratori già parti di contratti di collaborazione coordinata e continuativa anche a progetto e titolari di partita IVA, cioè rapporti di lavoro autonomo, attraverso contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato, hanno diritto all’estinzione degli illeciti amministrativi, contributivi e fiscali inerenti ad una “erronea” qualificazione dei rapporti di lavoro. Le condizioni per l’applicazione di tale sanatoria consistono nel fatto che i lavoratori devono sottoscrivere un atto di conciliazione in merito alle possibili pretese derivanti dalla qualificazione del precedente rapporto di lavoro e che i datori di lavoro si impegnino a non recedere dal contratto nei dodici mesi successivi se non per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo. Non è possibile, tuttavia, sanare quelle situazioni nelle quali sia già intervenuto un controllo con la relativa sanzione.

Dal punto di vista critico, il “superamento” delle collaborazioni coordinate e continuative non avrebbe dovuto limitarsi ad abrogare la normativa

⁹⁶ G. Prosperetti, *Op. Loc. Ult. Cit.*

corrispondente, ma si pensava avrebbe fornito una attuazione delle prospettive europee di tutela e rinnovamento del fenomeno del lavoro autonomo “economicamente dipendente”. Come già anticipato nella parte introduttiva, il Jobs Act ha provveduto a riformare anche la disciplina della associazione in partecipazione intervenendo direttamente sull’articolo 2549 del codice civile. Analogamente a quanto accade per le collaborazioni coordinate e continuative, l’art. 53 del decreto attuativo titola “*superamento dell’associazione in partecipazione con apporto di lavoro*”. Viene abrogato il terzo comma contenente l’esclusione di alcune categorie di lavoratori dall’applicazione del secondo comma che prevedeva un numero massimo di associati in partecipazione pari a tre. Tale secondo comma, peraltro, viene interamente sostituito e si esclude che l’apporto di un associato persona fisica possa consistere in una prestazione di lavoro. Per quanto concerne tutti quei contratti di associazione in partecipazione in atto alla data di entrata in vigore del decreto essi sono fatti salvi fino alla loro cessazione.

Come fa notare Tiraboschi, le collaborazioni sono state abrogate solo apparentemente, mentre la vera “vittima” di questo Jobs Act è proprio l’associazione in partecipazione con apporto di lavoro. Oltretutto, egli aggiunge che il divieto di contrarre questo istituto può essere “facilmente” aggirabile, poiché vale per le persone fisiche ma non per le società. Potrebbero quindi nascere S.r.l. unipersonali o S.a.S. di comodo proprio allo scopo di mettere in atto un rapporto di associazione in partecipazione con apporto di lavoro⁹⁷.

L’ottica del Legislatore italiano è rivolta a ridurre il numero di contratti, tuttavia non si è tenuto nel giusto conto la necessità pratica dell’aver a disposizione quel tipo di istituti. In buona sostanza, sarebbe opportuno definire un “regime di tutela” efficace verso tutti i contratti, in modo che uno non risulti più

⁹⁷ M. Tiraboschi, *Op. Ult. Cit.*, pag. 7.

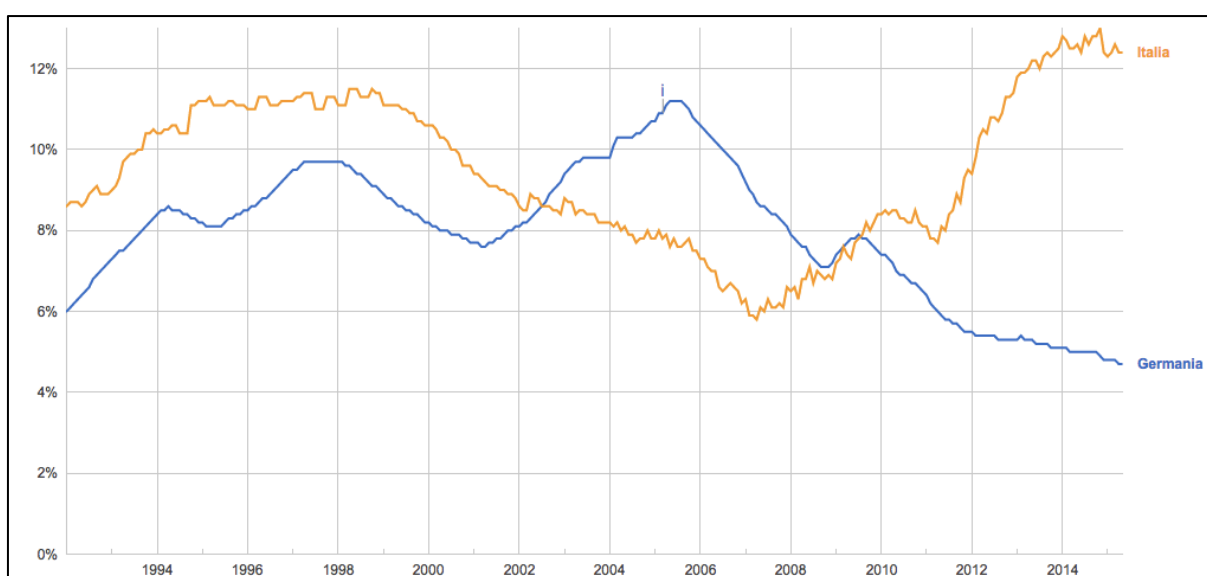
conveniente degli altri, e quindi evitare quella sorta di “shopping” contrattuale che tende sempre a favorire la forma contrattuale con meno oneri⁹⁸.

⁹⁸ L. Spattini, Intervista a Prof. Maurizio Del Conte, *Sul lavoro siamo più flessibili della Germania. Il modello tedesco è solo un mito da sfatare*, *L'Espresso* 25 settembre 2014.

3. Il lavoro in Germania

3.1 Cenni storici: dal liberismo della scuola di Friburgo alla Riforma Schröder

Come noto, la Germania oggi rappresenta, a tutti gli effetti, un modello di efficienza e ricchezza per molti Paesi. Tuttavia, come vedremo nel dettaglio essa ha attraversato negli ultimi decenni un faticoso percorso di formazione. Anzi, potremmo dire che in qualche aspetto la Germania ha anticipato di alcuni anni i tentativi che l'Italia sta cercando di mettere in atto in questo momento. Si può facilmente dedurre che a Germania non ha impiegato poco tempo e non poche risorse per realizzare tutto questo, anche a causa delle vicende storiche che lo hanno impegnato, tanto che per molti anni si è guardato alla Germania come ad un *sick man*. Senza dubbio finora ogni sforzo è stato ripagato e, dal punto di vista del mercato del lavoro, la Germania supera l'Italia di 12,4 punti percentuali. Infatti, l'attuale tasso di disoccupazione del nostro paese si aggira intorno al 4,7 %, mentre nello stato federale esso è di circa 7,7 punti percentuali. Nelle prossime pagine verrà fornito uno sguardo storico al percorso riformatore tedesco.



Andamento tasso di disoccupazione. Fonte: Eurostat, ultimo aggiornamento 27 luglio 2015.

3.1.1 L'Economia sociale di mercato (*soziale Marktwirtschaft*) e la nascita del lavoratore subordinato “standard” (*Normalarbeitsverhältnis*)

Il sistema del lavoro tedesco trova le proprie radici, da un lato, in elementi tipicamente liberisti, propri del cosiddetto *Ordoliberalismus*⁹⁹, teorizzato dalla Scuola di Friburgo, e dall'altro lato la protezione sociale fondata nella dottrina sociale della Chiesa, il tutto implementato, alla base, dal sistema di sicurezza sociale creato da Otto von Bismarck nell'ultimo scorcio del diciannovesimo secolo¹⁰⁰. Tutto ciò ha portato alla nascita della economia sociale di mercato, *soziale Marktwirtschaft*, in cui emerge il ruolo regolatore dello Stato, il quale non ha l'obiettivo di reprimere ma deve intervenire laddove il modello ordoliberalista di libertà di iniziativa fallisce¹⁰¹. Dal punto di vista più strettamente legato al mercato del lavoro, questo modello ha portato alla figura del lavoratore subordinato standard, *Normalarbeitsverhältnis*. Si tratta di un soggetto impiegato in un rapporto di lavoro a tempo pieno e indeterminato e fortemente tutelato, sia dal punto di vista legislativo che contrattuale collettivo. In altre parole questa figura era molto rigida ed estremamente costosa in ragione della particolare tutela riservata, risultava così difficilmente sostenibile in caso di crisi economica e di contrazione della occupazione¹⁰². A seguito della riunificazione delle due Germanie il sistema entrò completamente in crisi. Furono, infatti, sottoscritti due contratti per raccordare gli ordinamenti della Repubblica Federale e della Repubblica Democratica: nel maggio del 1990 fu

⁹⁹ Corrente socioeconomica liberale apparsa in Germania a partire dagli anni Trenta in risposta alla profonda crisi economica e politica. Essa interviene nel sociale per garantire parità di trattamento di fronte alla legge e alle istituzioni e per rendere il mercato meritocratico attraverso la libertà di iniziativa e la libertà di impresa.

¹⁰⁰ M. Borzaga, *Luci ed ombre delle più recenti riforme del mercato del lavoro tedesco agli occhi del giuslavorista italiano*, in SIS Working Paper N. 2014-2, p. 4

¹⁰¹ [www.treccani.it/enciclopedia/economia-sociale-di-mercato_\(Dizionario_di_Economia_e_Finanza\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/economia-sociale-di-mercato_(Dizionario_di_Economia_e_Finanza)/)

¹⁰² M. Borzaga, *Op. Loc. Ult. Cit.*

siglato il cosiddetto *Staatsvertrag*, che stabiliva una unione economica, monetaria e sociale tra i due Stati e la liberalizzazione della proprietà privata e la libera disposizione del capitale; mentre, nell'agosto dello stesso anno, venne stipulato il *Einigungsvertrag*, con il quale la legge federale venne estesa ai nuovi cinque Länder nati dalla ex-RDT e venne creato un sistema di perequazione finanziaria.

Crebbe così anche il livello di disoccupazione, che portò ad un massiccio ricorso alle indennità e al conseguente aumento dei costi per la collettività..

3.1.2 Gli anni Novanta e il percorso riformatore: gli sviluppi esogeni ed endogeni

Proprio in questo scenario, e anche grazie alla coalizione conservatrice al governo, è iniziato il percorso riformatore della Germania, che agli esordi appariva piuttosto timido. Per la creazione del nuovo modello tedesco, sono stati di grande importanza i contributi esogeni, messi in atto da parte del Legislatore, ma anche quelli endogeni portati avanti dalle parti sociali e questi ultimi, secondo Matteo Borzaga, sono i più importanti. Il Legislatore, infatti, ha apportato poche modifiche alla disciplina del *Normalarbeitsverhältnis*, concentrandosi, invece, sui rapporti di lavoro atipici, provvedendo a flessibilizzarli, già a partire dagli anni Settanta dello scorso secolo. Le principali riforme hanno riguardato, innanzitutto, il lavoro a tempo determinato, consentendo la stipulazione di tali contratti anche laddove manchi una ragione oggettiva; in secondo luogo si è provveduto a liberalizzare il rapporto di lavoro interinale, in particolare con riguardo alla durata massima delle “missioni” dei lavoratori; infine, in merito ai contratti a tempo parziale, il Legislatore tedesco ha provveduto a creare una variante che consentisse a datore di lavoro e lavoratore di risparmiare costi di natura previdenziale, assistenziale e tributaria.

In altre parole tale istituto, che prende nome di *geringfügige Beschäftigung* (occupazione marginale) o *minijobs*, escludeva questo tipo di lavoratori dall'ambito di applicazione delle tutele di sicurezza sociale¹⁰³. Oltretutto nacquero le prime forme di prepensionamento, il contratto di opera, *Werkverträge*, e furono istituite società con il compito di occupare tutta la popolazione attiva disoccupata tramite programmi di riqualificazione e preparazione professionale. In linea generale si può affermare che si assistette ad un processo di deregolamentazione e liberalizzazione delle forme contrattuali. Non dimentichiamo che nella Germania post-unificazione, a seguito della grande crescita del lavoro indipendente, si è dovuto discutere sulle forme di “autonomia apparente” e su quali potessero essere le riforme da adottare per dare una spinta alla “vera autonomia”¹⁰⁴.

Dal punto di vista endogeno, le parti sociali hanno provveduto alla promozione di accordi territoriali e aziendali in deroga, che sono stati in grado di salvaguardare l'occupazione, la produttività e la competitività delle imprese¹⁰⁵.

3.1.3 Le riforme c.d. “Hartz”

Ben presto il percorso di flessibilizzazione si interruppe e, sul finire degli anni Novanta, con l'insediamento di un governo social-democratico capeggiato dal Cancelliere Schröder, iniziò il periodo riformatore poiché il sistema di sicurezza sociale rischiava di diventare insostenibile¹⁰⁶. Venne creato così il pacchetto di riforme Hartz entrate in vigore tra il 2003 e il 2005¹⁰⁷, nato dal lavoro di una Commissione appositamente costituita al fine di attuare la direttiva della SEO¹⁰⁸. La Riforma si costituisce di quattro Leggi e potremmo dire avesse

¹⁰³ M. Borzaga, *Op. Ult. Cit.*, p. 6.

¹⁰⁴ A. Perulli, *Op. Ult. Cit.*, pag. 15.

¹⁰⁵ M. Borzaga, *Op. Cit.*, p. 6.

¹⁰⁶ M. Borzaga, *Op. Cit.*, p. 8.

¹⁰⁷ F. Hüfner e C. Klein, *The German labour market. Preparing for the future*, OECD Economics Department Working Papers n. 983, 2012, pag. 8.

¹⁰⁸ Strategia europea per l'occupazione.

fondamentalmente lo stesso obiettivo della Riforma Biagi: far fronte all'alto tasso di disoccupazione presente e modernizzare l'intero mercato del lavoro. In linea del tutto generale esse avevano tra gli scopi principali la limitazione dei contratti a tempo determinato, che vennero ammessi solo in "prima assunzione", l'inserimento dei mini-Jobs in un programma di tutele sociali e la regolamentazione del lavoro autonomo apparente, *Scheinselbständigkeit*.

Vediamo brevemente i contenuti principali delle Riforme Hartz. La prima Legge si occupa principalmente l'uso più efficiente di politiche attive del lavoro, la introduzione del principio di parità di trattamento per i lavori interinali, l'obbligo immediato di comunicazione per il lavoratore dipendente dello stato di disoccupato e l'aiuto da parte del datore per la ricerca di una nuova occupazione¹⁰⁹. Ai sensi di questa Legge vengono introdotte condizioni serranti per l'accesso al sussidio di disoccupazione e un buono per la formazione professionale, *Bildungsgutschein*¹¹⁰ valido tre mesi e contenente gli obiettivi di formazione del disoccupato.

La seconda Legge contiene una riforma della condizione dei lavoratori marginali (Mini-jobber) e viene fornito un contributo, *Existenzgründungzuschuss*, di validità tre anni ai disoccupati che ricevono un assegno di disoccupazione, per la creazione di imprese individuali. In particolare, la misura prevede un incentivo volto alla formazione di Ich-AG e Familien-AG¹¹¹.

La Hartz III riforma e modernizza la Agenzia per il lavoro, *Bundesagentur für Arbeit*, che ha il compito di collocare e inserire i lavoratori nel modo più efficiente¹¹² e tenta di limitare il ricorso al lavoro sommerso.

¹⁰⁹ F. Hüfner e C. Klein, *Op. Loc. Ult. Cit.*.

¹¹⁰ Cfr. *Foerderung der beruflichen Weiterbildung fuer Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinn* in www.arbeitsagentur.de/web/wcm/idc/groups/public/documents/webdatei/mdaw/mdk1/~edisp/16019022dstbai378487.pdf.

¹¹¹ AA.VV., *Crisi economica del lavoro in Francia, Germania, Italia e Spagna*, ADAPT University Press, 2014, pag. 40.

¹¹² F. Hüfner e C. Klein, *Op. Loc. Ult. Cit.*, 2012.

La quarta Legge, invece, si basa sul principio tedesco del *Fördern und Fordern* in altre parole “incentivare ed esigere”, e prevede l’unione dei due sussidi, quello di disoccupazione, *Arbeitslosengeld*, e di quello sociale, *Sozialhilfe*, in una unica prestazione chiamata ALG II. Quest’ultima ha portato con sé molte polemiche, perché costringe i disoccupati che rientrano in questa categoria a dover accettare qualunque occupazione venga loro proposta, previo poi rimborso, pena la perdita del sussidio¹¹³. Viene ridotto l’importo e la durata del contributo e rimane in vigore il ALG I anche se completamente riformato¹¹⁴. Qualora non vengano rispettate le regole previste per l’accesso a tale contributo si incorre nel *Sperrzeit*, sospensione della erogazione della indennità¹¹⁵.

Controversa appare la questione del cosiddetto “Regime della Hartz IV”, il quale obbliga il lavoratore disoccupato ad accettare qualunque lavoro e a dover garantire la propria reperibilità tutti i giorni dell’anno al Job-center. La pena è la perdita del sussidio. La situazione è a tal punto dura che il Centro per l’impiego può costringere un ragazzino di soli 15 anni ad trovare una occupazione, soltanto in ragione del fatto che entrambi i genitori sono in regime di Hartz IV. Questo tipo di condizione facilita i datori di lavoro che riescono a risparmiare molto assumendo questo tipo di lavoratori, i quali oltretutto perdono anche la tutela contro il licenziamento per giusta causa¹¹⁶.

Dopo l’intervento legislativo delle riforme Hartz il tasso di disoccupazione ha continuato a crescere fino al 2005, raggiungendo l’11,5 % e l’effetto benefico ha preso forma negli anni successivi, portando il tasso al 5,3 % nel 2013, tra i più bassi in Europa, secondo soltanto a quello della Norvegia¹¹⁷.

¹¹³ F. Salvatori, *La Riforma Hartz. Le politiche occupazionali in Germania*, Adapt, 2001, pag. 5.

¹¹⁴ Al termine del periodo di ALG I, qualora il disoccupato non abbia ancora trovato lavoro, percepirà l’ALG II. (L. Mella, *Primi passi in Germania. Guida per un primo orientamento*, Com.It.Es, 2013).

¹¹⁵ F. Hüfner e C. Klein, *Op. Loc. Ult. Cit.*, 2012.

¹¹⁶ I. Hannemann, *Die Hartz-IV-Diktatur: Eine Arbeitsvermittlerin klagt anTaschenbuch*, Rororo, 2015.

¹¹⁷ AA.VV., *Crisi economica del lavoro in Francia, Germania, Italia e Spagna*, ADAPT University Press, 2014.

3.2 I contratti di lavoro “tipici”

È bene notare, in Germania, i contratti collettivi si individuano e disciplinano le principali forme contrattuali alle quali è possibile fare ricorso anche in virtù di flessibilizzare e snellire il mercato: : il lavoro a tempo pieno e indeterminato, l'apprendistato, il lavoro a tempo parziale (part-time), il lavoro ripartito (job-sharing), il contratto a tempo determinato, il telelavoro, il contratto di inserimento al lavoro, la somministrazione di lavoro e il lavoro intermittente (job on call). Si noti, quindi, che per queste tipologie il contratto collettivo detta una disciplina completa e organica, che ogni nazione deve prendere in considerazione nel determinare le proprie disposizioni¹¹⁸.

La giurisprudenza tedesca tende a distinguere tra contratti di lavoro “atipici” e contratti di lavoro “tipici” cui appartiene il contratto di lavoro a tempo indeterminato¹¹⁹.

È bene premettere nel § 105 del codice tedesco del commercio, *Gewerbeordnung* (GeoW) troviamo, innanzitutto, il principio generale che regola tutta la disciplina dei contratti di lavoro: i datori di lavoro e i lavoratori dipendenti possono concordare liberamente il contenuto e la forma del contratto di lavoro, purché esso non sia in contrasto con le disposizioni di legge, con i contratti collettivi o con gli accordi aziendali. In ogni caso, le condizioni contrattuali essenziali sono disciplinate dalla legge.

3.2.1 Contratto subordinato a tempo indeterminato

Come già anticipato nella parte introduttiva, il lavoratore a tempo indeterminato risponde principalmente al nome del *Normalarbeitsverhältnis*.

In altre parole, si intende la figura del prestatore di lavoro a tempo pieno e

¹¹⁸ M. Tiraboschi, *Tendenze evolutive dei servizi professionali: un quadro comparato. Quadro normativo, modelli organizzativi, tipologie contrattuali*, cit., pag. 100.

¹¹⁹ L. Zoppoli, M. Delfino (a cura di), *Flexicurity e tutele. Il lavoro atipico in Italia e in Germania*, Ediesse, 2008, pag. 89.

indeterminato, che in qualche modo ha portato alla già sopracitata crisi del sistema tedesco a causa della sua rigidità e della tutela che la contraddistinguevano¹²⁰. Si noti, peraltro, che la definizione tedesca originale assume il prefisso *normal* proprio ad indicare il carattere comune e perlopiù “normale” e “tradizionale” di tale contratto di lavoro.

Prima di proseguire ed affrontare il tema della caratteristica della indeterminatezza è bene capire cosa intenda il Legislatore tedesco quando parla di lavoratore dipendente. Il diritto tedesco fornisce, peraltro, un numero considerevole di articoli che hanno l’obiettivo di definire questa figura.

Innanzitutto il *Sozialgesetzbuch* (SGB), codice di sicurezza sociale tedesco, si compone di dodici libri e ha tra gli obiettivi principali la promozione della occupazione (contro la disoccupazione) e la previdenza sociale. Il § 7.1 del IV libro del SGB sulla previdenza sociale titola *Beschäftigung* (occupazione) e offre una prima definizione di lavoratore dipendente. Per occupazione nel linguaggio tedesco si intende, infatti, lavoro dipendente ed in particolare *Arbeitsverhältnis*, che come vedremo più nel dettaglio in seguito concerne proprio il rapporto di subordinazione. Segnali di tale condizione sono il lavoro in conformità con le indicazioni che vengono fornite e l’integrazione nella organizzazione aziendale da parte del datore di lavoro¹²¹.

La *Arbeitsgerichtsgesetz* (ArbGG), Legge federale sul lavoro e in particolare sul Tribunale del lavoro (legge federale sul tribunale del lavoro), al § 5 fornisce una altra nozione di lavoratore che, come viene affermato nell’incipit, risulta valida ai fini di tale legge. Si considerano, infatti, lavoratori dipendenti gli operai e gli impiegati, nonché coloro che vengono assunti nella realtà aziendale con finalità di formazione professionale. Il Legislatore tedesco afferma poi che tale legge si applica anche a coloro che lavorano a domicilio (*Heimarbeit*) e ai lavoratori

¹²⁰ M. Borzaga, *Op. Loc. Ult. Cit.*.

¹²¹ § 7.1 SGB IV.

assimilabili a questi ultimi, così come agli altri soggetti che devono essere considerati dipendenti a causa della loro subordinazione economica¹²².

Lo statuto dell'organizzazione dei lavoratori nell'unità produttiva, il *Betriebsverfassungsgesetz* (BetrVG), al § 5 delinea ancora una volta ai fini della legge stessa, la figura del lavoratore dipendente: sono lavoratori dipendenti (*Arbeitnehmer*) gli operai e gli impiegati, compresi coloro che sono assunti ai fini della formazione professionale (personale sia femminile che maschile), a prescindere dal fatto che svolgano il loro lavoro in azienda o a distanza. Vengono altresì intesi come dipendenti gli operai che si occupano della fabbricazione artigianale e che lavorano principalmente per l'azienda, i funzionari, i soldati e gli altri impiegati nel settore pubblico che svolgono il loro impiego in società organizzate¹²³. È bene notare, ai nostri fini, come in questa sede il Legislatore tedesco non generi particolari distinzioni per esempio tra apprendisti, praticanti e lavoratori dipendenti. Tuttavia, questa tematica sarà approfondita in maniera opportuna nelle parti seguenti dedicate. Lo stesso articolo 5 prosegue poi con l'esclusione di alcune categorie di lavoratori dal campo di applicazione del BetrVG.

Infatti non sono considerati lavoratori dipendenti ai fini di tale legge:

- i membri degli organi che sono giuridicamente autorizzati a rappresentare la società;
- i soci di società commerciale o membri di una associazione di persone, in quanto possiedono a norma di legge uno statuto o atto costitutivo nel quale sono elencate le funzioni di gestione da esercitare nella rappresentazione della società;
- le persone il cui lavoro non è in primo luogo lo scopo di guadagnarsi da vivere, ma è determinato principalmente da motivi di beneficenza o religiosi;

¹²² § 1.1 ArbGG e § 1 Heimarbeitsgesetzes del 14 marzo 1951.

¹²³ § 5.1 BetrVG.

- le persone il cui lavoro non è in primo luogo lo scopo di guadagnarsi da vivere, ma soprattutto la cura, il recupero, la riabilitazione, il miglioramento morale o l'istruzione di coloro che ne necessitano;
- il coniuge, il partner di vita, così come i parenti di primo grado che vivono con il datore di lavoro¹²⁴.

Al comma 3 dello stesso articolo il Legislatore tedesco stabilisce che, a meno che questa legge non preveda espressamente il contrario, essa non si applica al personale dirigente. Hanno la qualità di dirigenti, *Leitender Angestellter*, i dipendenti che, in virtù di un contratto di lavoro e del loro status all'interno della società:

- hanno diritto, sotto la propria responsabilità, di licenziare i lavoratori per conto del datore di lavoro; o
- sono dotati di autorità generale (potere di procura) o pieno potere di rappresentanza o potere di firma, quest'ultimo comunque non deve risultare insignificante in relazione al datore di lavoro; o
- hanno il dovere di effettuare regolarmente altri compiti che sono importanti per l'esistenza e lo sviluppo della società e l'adempimento dei quali richiede particolare esperienza e conoscenza (essenzialmente prendere decisioni sotto la propria responsabilità o sostanzialmente influenzare questi decisioni); questo può anche significare assumere decisioni in merito ai piani o alle linee guida in cooperazione con altri membri del personale dirigente¹²⁵.

Infine, lo stesso articolo aggiunge che, in caso di dubbio, si considerano personale in posizione dirigenziale di cui al comma 3 i lavoratori dipendenti i quali sono stati designati dirigenti o membri del consiglio di sorveglianza dei lavoratori per mezzo di una decisione giuridica in occasione delle ultime elezioni del consiglio aziendale; oppure coloro che appartengono ad un livello gestionale nel quale i dirigenti sono i principali rappresentanti in azienda;

¹²⁴ § 5.2 BetrVG.

¹²⁵ § 5.3 BetrVG.

oppure coloro che ricevono uno stipendio annuo tipico del personale dirigente in azienda; oppure, qualora permanga ancora la incertezza, appartengono al personale dipendente in posizione dirigenziale coloro che ricevono regolarmente uno stipendio che risulta essere tre volte superiore rispetto al valore di riferimento di cui al § 18 del SGB IV¹²⁶. Tale articolo si compone di 8 punti e riguarda il reddito standard di riferimento e l'aspetto contributivo, ma di questo parleremo meglio nella parte dedicata.

Riprendendo ora il concetto di dipendenza, spostiamo l'analisi del § 14 del *Kündigungsschutzgesetz* (KSchG), il codice per la protezione contro il licenziamento, che concerne i dipendenti in posizione dirigenziale e afferma che le disposizioni del KSchG non si applicano al lavoratore dipendente responsabile della rappresentanza legale della persona giuridica e a coloro che all'interno di un gruppo o di uno stabilimento sono autorizzati a rappresentare tutto il personale¹²⁷.

Va notato come si tratti pur sempre di lavoratore dipendente anche se in questa sede la figura qui delineata sia esclusa dal campo di applicazione della legge stessa.

Infine, si riscontra una altra definizione di lavoratore dipendente all'interno del diritto tributario, in particolare nel regolamento di applicazione della imposta sul reddito, *Lohnsteuer-Durchführungsverordnung* (LstDV).

Il § 1 afferma che i lavoratori dipendenti sono persone impiegate o occupate in un rapporto di lavoro o per un ente pubblico o privato e che percepiscono un salario in virtù della loro prestazione¹²⁸. Si specifica poi che il contratto di lavoro di cui al paragrafo 1 si verifica quando il dipendente deve prestare la propria forza lavoro al datore di lavoro (ente pubblico, uomo d'affari, capofamiglia). Tale figura è obbligata, sotto la direzione del datore di lavoro, ad

¹²⁶ § 5.4 BetrVG.

¹²⁷ § 14 KSchG.

¹²⁸ § 1.1 LstDV.

eseguire le attività assegnate ed a rispettare i precetti dell'organizzazione¹²⁹. Come negli altri articoli, il Legislatore tedesco tende poi ad esplicitare meglio la ratio della definizione escludendo le categorie che non fanno parte dei lavoratori dipendenti. Infatti, al comma 3 si chiarisce che non è lavoratore dipendente colui che effettua forniture e altri servizi in maniera indipendente, imprenditoriale o professionale¹³⁰.

Si potrebbe affermare che la disciplina del lavoro a tempo indeterminato si possa ricavare per sottrazione da quella del lavoratore dipendente a tempo determinato, come vedremo nel TzBfG, infatti, all'articolo 14, appare come un istituto a carattere punitivo nel caso in cui non venga rispettata la forma scritta del contratto a termine.

Similmente a quanto accade nel sistema legislativo italiano, il codice civile tedesco, *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), fornisce una sorta di definizione di contratto di lavoro dipendente a tempo indeterminato all'interno del Titolo VIII concernente il contratto di servizio e simili, *Dienstvertrag und ähnliche Verträge*.

L'articolo 620 è rubricato “cessazione del rapporto di lavoro”: non si tratta quindi di una definizione che potremmo considerare diretta. Tale articolo afferma al comma 1 che il contratto di lavoro termina con la scadenza del termine che è stato concordato¹³¹. Continua poi al comma seguente chiarendo che qualora la durata del rapporto di lavoro non sia specificata, o non sia evidente dalla natura o scopo del servizio, il contratto può essere comunque risolto in conformità con gli articoli 621 e 622¹³².

In altre parole, il Legislatore tedesco definisce in questa sede le modalità con le quali un rapporto di lavoro per il quale non è stato definito alcun termine possa concludersi, al fine quindi di garantire comunque la possibilità alle parti di interrompere il vincolo del “tempo indeterminato”. Non viene preso, quindi, in

¹²⁹ § 1.2 LstDV.

¹³⁰ § 1.3 LstDV.

¹³¹ § 620.1 BGB.

¹³² § 620.2 BGB.

considerazione in questa sede l'articolo 621 poiché si riferisce al contratto cosiddetto *Dienstverhältnissen*, ovvero di servizio¹³³. Tra i più comuni contratti di servizio troviamo per esempio il contratto di mandato di un avvocato, il contratto di assicurazione.

Al fine di fornire una visione di insieme del lavoratore subordinato è bene tener presente che il diritto tedesco produce una netta distinzione tra licenziamento ordinario e straordinario. Si considera, infatti, ordinaria (*ordentliche Kündigung*) ogni interruzione che sia prodotta ai sensi dell'articolo 622 del BGB. È, altresì straordinaria (*außerordentlichen Kündigung*) ogni cessazione che avvenga per una giusta causa ai sensi dell'articolo 314 dello stesso BGB. Il Legislatore tedesco ha peraltro tutelato ogni licenziamento che avvenga in assenza di una giusta causa attraverso il *Kündigungsschutzgesetz* (KSchG)¹³⁴.

In un contratto individuale possono essere stabiliti termini differenti solo nel caso in cui un dipendente sia impiegato a titolo temporaneo e il datore di lavoro impieghi normalmente non più di 20 dipendenti, ad eccezione di coloro che sono assunti con contratto volto alla formazione professionale¹³⁵.

La giusta causa, *wichtiger Grund*, si verifica quando la parte che recede, tenuto conto di tutte le circostanze del caso e in particolare degli interessi di entrambe le parti, deduce che non è possibile proseguire il rapporto contrattuale fino alla risoluzione o alla scadenza di un periodo di preavviso. Qualora la buona causa consista in un obbligo alla base del contratto, la risoluzione è consentita solamente dopo la scadenza infruttuosa di un periodo concesso per rimediare alla mancanza.

Per quanto concerne i licenziamenti ingiustificati la cessazione del rapporto di lavoro dipendente risulta giuridicamente inefficace qualora sia “socialmente”

¹³³ § 621 BGB

¹³⁴

<http://www.rechtswörterbuch.de/recht/o/ordentliche-kuendigung-des-arbeitsverhaeltnisses/>

¹³⁵ §622.5 BGB

ingiustificato¹³⁶; per licenziamento socialmente ingiustificato si intendono tutte quelle interruzioni che non sono dovute a motivazioni legate alla persona, al comportamento del dipendente o a esigenze operative urgenti che impediscono la prosecuzione del rapporto di lavoro.

Sono inefficaci, ad esempio, tutti quei licenziamenti che avvengono nei confronti di un dipendente che potrebbe continuare ad essere impiegato con una altra mansione nel medesimo stabilimento o in un altro stabilimento della stessa società.

Nel caso in cui un contratto sia risolto in virtù di esigenze operative urgenti, *aus dringenden betrieblichen Erfordernissen*, rimane ingiustificato qualora il datore di lavoro abbia ignorato o non abbia tenuto conto, ai fini della sua decisione, l'anzianità del servizio del dipendente, l'età, gli assegni alimentari nei confronti dei figli e la grave disabilità.

Nel caso di un cambiamento o modifica operativa permanente¹³⁷ nella struttura aziendale ai sensi dell'articolo 111 del BetrVG, si presume che l'interruzione del rapporto di lavoro sia causata da esigenze operative urgenti¹³⁸.

Il Legislatore tedesco tutela in modo particolare dal licenziamento alcune categorie di soggetti particolarmente vulnerabili quali persone gravemente disabili¹³⁹, donne incinte e fino ai quattro mesi dopo il parto¹⁴⁰, tirocinanti dopo la fine del periodo di prova¹⁴¹, lavoratori in congedo parentale¹⁴² e durante il

¹³⁶ § 1.1 KSchG.

¹³⁷ Ai sensi del § 111 del BetrVG, si considerano modifiche operative: la chiusura della intera azienda o di parti significative, il trasferimento di tutta l'azienda o di parti significative, la fusione o la scissione con altre società, cambiamenti fondamentali nella struttura operativa, nello scopo aziendale o nel funzionamento ed, infine, l'introduzione di nuovi modelli e processi di produzione.

¹³⁸ § 1.5 KSchG.

¹³⁹ § 85 SGB IX.

¹⁴⁰ § 9 MuSchG.

¹⁴¹ § 22 BBiG.

¹⁴² § 18 BEEG.

periodo di cura (aspettativa)¹⁴³, soggetti che sono impegnati nel servizio militare o nel servizio civile.¹⁴⁴

Per quanto riguarda l'aspetto retributivo nel § 107 GewO troviamo una definizione di salario (*Arbeitsentgelt*) che verrà analizzata opportunamente negli aspetti più spinosi riguardanti l'importo minimo recentemente riformato. La remunerazione viene calcolata e versata in Euro. Qualora sia compatibile con il tipo di prestazione lavorativa e con gli interessi del lavoratore, datore di lavoro e dipendente possono pattuire che parte della remunerazione sia versata in natura. Il Legislatore tedesco tuteli le mance dei lavoratori, affermando al terzo comma dello stesso articolo che il pagamento regolare dello stipendio non può essere escluso nel caso il dipendente riceva un di queste elargizioni da un terzo. E si sottolinea poi che la mancia è una somma di denaro che non risponde a nessun impegno giuridico. Il codice tributario, LstDV, al § 2 chiarisce che i salari sono tutte le entrate che vengono versate a favore del dipendente da parte della azienda ed è irrilevante la forma attraverso la quale il compenso viene ricevuto. Passando ora all'aspetto contributivo va citato principalmente l'articolo 1 del codice dedicato al miglioramento della previdenza professionale, BetrAVG, il quale afferma in via generale che il datore di lavoro si impegna nei confronti del lavoratore dipendente a garantire il versamento delle prestazioni contributive ad un fondo pensionistico o un fondo assicurativo a fini previdenziali. Il sistema previdenziale tedesco prevede cinque settori obbligatori: l'assicurazione pensionistica obbligatoria, l'assicurazione per l'assistenza sanitaria pubblica, l'assicurazione contro la disoccupazione, l'assicurazione sociale continuativa a lungo termine e l'assicurazione contro gli infortuni. Come poi si chiarirà meglio in seguito, quest'ultima, per esempio, rimane completamente a carico del datore di lavoro mentre il lavoratore autonomo potrà scegliere se aderirvi oppure no. Altre, invece, come quella sanitaria sono di carattere obbligatorio per chiunque, anche se non appartenente alla categoria dei lavoratori in senso generale. Molte

¹⁴³ § 5 PflegeZG.

¹⁴⁴ § 2ArbPISchG e § 78 ZDG.

di queste forme assicurative, peraltro, possono anche essere oggetto di versamenti volontari. Chiariamo fin da subito che la totalità dei volumi del SGB affronta ognuna di queste tematiche in un libro dedicato.

Innanzitutto, è bene partire dalla assicurazione pensionistica obbligatoria, *Gesetzliche Rentenversicherung*, gestita dall'ente pensionistico federale tedesco, *Deutsche Rentenversicherung Bund*, dallo stesso ente regionale, dall'ente pensionistico federale tedesco per quanto concerne i minatori, ferrovieri e marinai e dalle casse di assicurazione vecchiaia degli agricoltori¹⁴⁵. L'articolo 1 del SGB VI dedicato assicurazioni pensionistiche afferma che sono soggetti a tale istituto obbligatorio tutti coloro sono impiegati con un contratto di lavoro subordinato o di formazione professionale, le persone disabili e che si trovano in centri di formazione professionale o strutture simili al fine di consentire il loro benessere e una introduzione nel mondo del lavoro, i tirocinanti che sono obbligati per legge a svolgere un periodo di attività con contratto di formazione e membri di cooperative spirituali. Sono comunque assicurati per il periodo di congedo parentale dal lavoro coloro che ai sensi del § 56.1 dello stesso libro si dedicano alla cura dei figli entro il terzo anno di età. In particolare sarà il governo federale tedesco a procedere al versamento ai sensi dell'art 177 del SGB VI.

I contributi pensionistici dei lavoratori dipendenti sono versati, ai sensi dell'articolo 168.1 del SGB VI, in parti uguali dagli assicurati e il datore di lavoro. Bisogna comunque ricordare che, secondo il § 20.3 SGB IV, le persone che svolgono un apprendistato e ricevono un compenso inferiore a 325 Euro in un mese, vedono i contributi sopportati completamente dal datore di lavoro. Questa regola vale anche per coloro che svolgono un anno di volontariato sociale o ecologico. Ai sensi dell'articolo 181.1 del SGB VI, il calcolo dei contributi è soggetto alle norme in vigore al momento del pagamento dei contributi, in particolare è noto che la aliquota contributiva, *Beitragssatz*,

¹⁴⁵ Commissione Europea, *I diritti di previdenza sociale in Germania*, 2012.

cambia per legge ogni anno¹⁴⁶. La base di calcolo per questi contributi è il reddito imponibile da lavoro. L'aliquota attuale stabilita per l'assicurazione pensionistica dal governo federale tedesco è pari al 18,7 %¹⁴⁷, la quale, come già detto, verrà divisa in parti uguali tra datore di lavoro e lavoratore. Il codice elenca le tipologie di pensioni che sono previste dalla disciplina tedesca; è utile sottolineare che la Germania ha fissato la soglia di 67 anni di età per l'accesso alla *Altersrente*, pensione di vecchiaia e il versamento di 35 anni di contributi¹⁴⁸. L'ordinamento tedesco prevede anche l'istituto della pensione anticipata (ad aliquota ridotta)¹⁴⁹ dopo il compimento dei 63 anni¹⁵⁰ e la maturazione di 35 anni di versamenti contributivi. Rimane comunque la possibilità, per coloro che hanno versato 45 anni di contributi da lavoro dipendente, di accedere alla pensione di vecchiaia alla età di 65 anni senza subire alcuna riduzione della pensione.

Oltre alle spese assicurative legate ai contributi pensionistici, prendiamo brevemente in considerazione gli altri ambiti di spesa che incombono sul lavoratore subordinato e sul datore di lavoro. Per quanto riguarda la assicurazione sanitaria, *Gesetzliche Krankenversicherung*, che troviamo interamente regolata nel V libro del SGB, hanno l'obbligo di iscriversi ad una assicurazione sanitaria obbligatoria tutti i cittadini, tranne coloro che hanno un reddito da lavoro dipendente superiore ad una certa soglia, *Versicherungspflichtgrenze*, stabilita il primo gennaio di ogni anno¹⁵¹ (per il 2015 ammonta a 54.900 € annui, 4.575 € mensili). L'aliquota contributiva prevista è pari a 14,6% ai sensi dell'articolo 241 del SGB V, tuttavia tale imposta viene suddivisa in parti uguali tra il lavoratore e il datore di lavoro¹⁵², fatte salve le eccezioni che vedremo in seguito. Al fine di fornire uno sguardo

¹⁴⁶ § 158 SGB VI.

¹⁴⁷ §1 BSV 2015.

¹⁴⁸ § 36 SGB VI.

¹⁴⁹ Commissione Europea, *I diritti di previdenza sociale in Germania*, 2012.

¹⁵⁰ § 33 SGB VI.

¹⁵¹ § 6.6 SGB V.

¹⁵² § 249 SGB V.

più completo, si noti che la assicurazione sanitaria obbligatoria è gestita in Germania da circa 145 casse assicurative, alcune di queste operano a livello regionale (*Ortskrankenkassen*), mentre altre a livello nazionale (*Ersatzkassen*). Possono essere scelte liberamente da tutti gli assicurati iscritti, tranne dagli agricoltori¹⁵³.

Per quanto concerne la assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione, *Gesetzliche Arbeitslosenversicherung*, essa viene gestita dalla Agenzia federale per l'impiego, *Bundesagentur für Arbeit*, formata dalla direzione centrale, dalle direzioni regionali e dalle agenzie locali. Tale forma previdenziale copre tutte le classi di lavoratori: gli operai, gli impiegati, gli apprendisti e i giovani disabili¹⁵⁴. La disciplina si trova all'interno del III libro del SGB, e ai §§ 25 e 26 troviamo l'elencazione di coloro che devono stipulare la assicurazione contro il licenziamento. La contribuzione viene versata in parti uguali dal datore di lavoro e dal lavoratore dipendente. La aliquota contributiva ammonta per l'anno in corso al 3% ai sensi del § 341 SGB III.

Vi è poi il ramo cosiddetto “indipendente” della previdenza sociale che copre i rischi legati alla assistenza a lungo termine, *Pflegeversicherung*. Secondo le prescrizioni della assicurazione per la assistenza a lungo termine, una persona è bisognosa di assistenza se, a seguito di malattia o invalidità fisica o psichica, necessita di assistenza a lungo termine per un periodo di almeno sei mesi per poter svolgere le attività di base della vita quotidiana¹⁵⁵. Essa comprende ambiti come la igiene personale, la alimentazione, a mobilità e gli aiuti domestici. Ogni cassa malattia obbligatoria ha, peraltro, istituito una cassa a tale scopo. La disciplina si trova all'interno del libro XI del SGB: la aliquota di contribuzione è pari al 2,35% del reddito imponibile, e tale importo viene suddiviso in parti uguali tra il lavoratore e il datore di lavoro¹⁵⁶. Si applica poi agli assicurati nati dopo il 31 dicembre 1939 senza figli a partire dai 23 anni di età, un supplemento

¹⁵³ Commissione Europea, *I diritti di previdenza sociale in Germania*, 2012.

¹⁵⁴ Commissione Europea, *I diritti di previdenza sociale in Germania*, 2012.

¹⁵⁵ Commissione Europea, *I diritti di previdenza sociale in Germania*, 2012.

¹⁵⁶ § 55.1 SGB XI.

contributivo dello 0,25%¹⁵⁷. Per completare al meglio la trattazione è opportuno ricordare che esclusivamente sul datore di lavoro incombe una altra forma obbligatoria di contribuzione previdenziale a favore del lavoratore: la assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro. Essa è regolata dall'articolo 150 del SGB VII. La aliquota contributiva che verrà applicata al reddito da lavoro dipendente, varierà a norma di legge in ragione della classe di rischio a cui il lavoratore appartiene¹⁵⁸.

Si noti, infine che nessun contributo è dovuto per gli assegni familiari, poiché sono completamente finanziati da fondi pubblici¹⁵⁹.

In conclusione possiamo ragionevolmente affermare che sul lavoratore dipendente grava un impegno contributivo che ammonta a circa 19,575% del reddito e che una somma molto simile viene affrontata anche dal datore di lavoro.

3.3 I contratti atipici

Come accennato nell'incipit di questa parte, parlando di lavori atipici ci riferiamo a quei contratti che hanno avuto una disciplina per lo più recente anche a causa delle necessità di flessibilizzazione. Si diceva, infatti, che è molto facile passare da un lavoro a-tipico a un lavoro precario, proprio in ragione del basso reddito, delle ridotte opportunità di carriera e delle prospettive incerte per il futuro che caratterizzano questa fattispecie¹⁶⁰.

In buona sostanza si tratta di tutti quei contratti che si differenzino dal rapporto di lavoro tradizionale, cioè a tempo pieno e indeterminato, svolto a stretto contatto con il datore di lavoro e presso i suoi locali.

Sono considerati a-tipici quei contratti che presentano elementi di peculiarità sotto due punti di vista:

¹⁵⁷ § 55.2 SGB XI.

¹⁵⁸ § 153 SGB VII.

¹⁵⁹ Commissione Europea, *I diritti di previdenza sociale in Germania*, 2012.

¹⁶⁰ L. Zoppoli, M. Delfino (a cura di), *Op. Ult. Loc.*, pag. 89.

- la limitata entità e irregolarità dell'orario di lavoro; rientrano in questa fattispecie gli impieghi part time, il lavoro occasionale, i rapporti a tempo determinato e non continuativi;
- lo *status* giuridico ed economico, della specialità nella prestazione del lavoro; tra questi troviamo il lavoro occasionale, la cessione di lavoratori dipendenti, lavori a domicilio e i piccoli o simulati lavoratori autonomi.¹⁶¹

L'intera categoria dei lavori c.d. non standard inizialmente ha destato particolari preoccupazioni in ragione delle maggiori probabilità di percorsi professionali "discontinui" che possono rendere incerto il ricollocamento e ostacolare "progetti di vita". A volte, infatti, il lavoro c.d. "a-tipico" non è una scelta per il lavoratore, ma è una condizione imposta.¹⁶²

Si tratta, in alcuni casi, di rapporti di tipo marginale, *geringfügige Beschäftigung*, che nel corso degli ultimi anni hanno richiesto l'intervento legislativo al fine di essere maggiormente tutelati. Tanto è vero che, a seguito di tali modifiche alla disciplina, contratti come i mini jobs furono di gran lunga preferiti a quelli a tempo determinato.

L'articolo 8 del SGB IV ci fornisce una prima definizione, stabilendo che si parla di lavori marginali qualora:

- la remunerazione da tale lavoro non superi i 450 € regolari al mese e si parla, infatti, di *Entgeltgeringfügigkeit*;
- oppure, indipendentemente dal corrispettivo, il lavoro venga svolto per non più di due mesi o cinquanta giornate lavorative (a meno che non sia svolta professionalmente¹⁶³ e superi i 450 € mensili), il cosiddetto *Zeitgeringfügigkeit*.

¹⁶¹ K. Bieback, *La tutela sociale dei rapporti di lavoro "atipici" in Germania*, in *Lavoro e diritto*, 2003, pag. 442.

¹⁶² A. Perulli, *Lavori atipici e para-subordinazione tra diritto e situazione italiana*, cit., pag. 734.

¹⁶³ Si intende quella occupazione con la quale si riesce a provvedere ai propri fabbisogni o sulla quale si fonda la posizione economica. Cit. *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 2015.

Allo stesso comma si chiarisce che il contratto perde la propria caratteristica di marginalità qualora non venga fissato anticipatamente il tempo massimo di protrazione. Tutto ciò spiega comunque la *ratio* del Legislatore tedesco anche lì dove prevedeva la perdita del requisito di determinatezza del rapporto di lavoro nel caso di assenza di forma scritta. Il termine Mini-jobs viene generalmente utilizzato per indicare la prima categoria di lavoratori. All'interno dello stesso articolo 8 al comma 3 si trova qualcosa che attira la attenzione ai fini della nostra trattazione. In particolare le due tipologie di lavoro sopra descritte possono anche essere applicate al lavoro autonomo. Appare però controverso, poiché non si intendono tutte le situazioni di autonomia, ma, come poi vedremo nel dettaglio, esclusivamente quelle soggette al pagamento delle prestazioni contributive. In particolare qui il Legislatore pare riferirsi a tutte quelle attività descritte al § 28 del SGB III, ma non alle Libere professioni¹⁶⁴.

Una forma di lavoro marginale è il lavoro domestico, *Geringfügige Beschäftigung in Privathaushalten*, disciplinato dall'articolo 8a del SGB IV e recentemente riformato dalle Hartz per scongiurare la possibilità di un impiego irregolare attraverso sgravi contributivi. Si tratta, infatti, di occupazione marginale domestica qualora il lavoro venga svolto in abitazioni private e sia giustificato dalla esistenza di una famiglia, tuttavia il datore di lavoro può essere esclusivamente una persona naturale e l'opera deve essere circoscritta alla casa privata senza peraltro richiedere specifiche conoscenze tecniche¹⁶⁵. Si noti che se il lavoro domestico viene svolto nell'ambito di un lavoro marginale l'aliquota di detrazione nella dichiarazione dei per il datore di lavoro è del 10% fino ad un massimo di 510 €; se siamo in un contesto di lavoro "normale" l'aliquota è del 12% fino al massimo di 2400 €; se invece il lavoratore proviene da una Agenzia o appartiene ad una impresa si può detrarre il 20% fino ad un massimo di 600 €¹⁶⁶. Per la parte contributiva si rimanda alla sezione dedicata ai Mini-jobbers.

¹⁶⁴ *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 2015.

¹⁶⁵ *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 2015.

¹⁶⁶ K. Sicherau, *Arbeitsverhältnis: ist das noch normal? Prekäre Beschäftigung*, cit., pag. 48.

In questa sede appare opportuno notare che, poiché l'articolo 8 del SGB IV non ne fa esplicito riferimento, non sono rientrati tra i lavoratori marginali gli apprendisti (§ 25.1 SGB III e § 1 SGB VI- sui lavoratori dipendenti, § 5.1 SGB V e § 20.1 SGB XI - sulle assicurazioni obbligatorie). Oltre ad essi, anche coloro che stanno svolgendo una pratica rientrante nel percorso di studi o per l'accesso ad una professione sono considerati lavoratori normali e non marginali. Si noti, peraltro, che ai sensi del § 20.3 del SGB IV, per gli apprendisti che ricevono un compenso inferiore a 325 € al mese i contributi vengono versati interamente dal datore di lavoro.

3.3.1 Il contratto subordinato a tempo determinato

Il 1° gennaio 2001 è entrata in vigore in Germania la Legge che regola il contratto di lavoro a tempo parziale e a tempo determinato, la cosiddetta *Telzeit und Befristungsgesetz* (TzBfG), la quale aveva l'intento di dare attuazione alle direttive europee 97/81/CE del 15 dicembre 1997 e 99/70/CE¹⁶⁷.

Innanzitutto il § 3 TzBfG distingue due tipologie¹⁶⁸ di contratto a tempo determinato:

- *kalendermäßig befristeter Arbeitsvertrag*: contratto di lavoro per il quale è previsto il termine in una data precisa;
- *zweckbefristeter Arbeitsvertrag*: contratto a termine di scopo, la durata si desume in ragione delle modalità, dello scopo o dalla natura della prestazione¹⁶⁹.

Procedendo nell'esame della disciplina, ed in particolare della terza sezione, completamente dedicata ai contratti a tempo determinato, troviamo il § 14, nel quale si afferma che è consentito stipulare contratti di lavoro a tempo

¹⁶⁷ M. Biasi, *La (a)causalità del contratto a termine in Europa. Riflessioni comparative sulle novità in Italia*, in *Dir.Lav.Merc.*, 2014, III, pp. 777.

¹⁶⁸ § 3.1 TzBfG.

¹⁶⁹ M. Biasi, *op.ult.cit.*, 778.

determinato, sia in termini di tempo che in termini di scopo, purché sussista una delle seguenti ragioni obiettive (*sachlicher Grund*)¹⁷⁰:

1. necessità operative temporanee o transitorie all'interno dell'azienda;
2. necessità legate allo scopo di facilitare il passaggio del lavoratore ad un futuro impiego dopo un periodo di formazione o studio;
3. esigenze sostitutive all'interno dell'azienda;
4. la natura del lavoro giustifica il tempo determinato;
5. finalità di prova;
6. motivazioni legate alla persona del lavoratore che giustificano la limitazione;
7. circostanze per cui il lavoratore viene impiegato e retribuito con stanziamento di denaro pubblico per un periodo determinato;
8. il termine viene stabilito in sede di transizione giudiziaria.

Tali contratti a termine “causali” non hanno un termine massimo fissato *ex lege*¹⁷¹.

Passando alla analisi del secondo comma dello stesso articolo 14 il Legislatore tedesco consente la stipulazione anche di contratti a tempo determinato “a-causali”, cioè in assenza di ragioni obiettive (*ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes*)¹⁷², tuttavia a determinate condizioni.

Infatti, una assunzione a tempo determinato “a-causale” non può avere durata eccedente i due anni, comprensivi di eventuali proroghe fino ad un massimo di tre, fatta salva una pattuizione diversa da parte della contrattazione collettiva¹⁷³, le quali possono derogare sia in merito alla durata che al numero di rinnovi (*in melius* ma anche *in peius*).

Oltretutto tale comma stabilisce che il contratto “a-causale” è ammissibile soltanto qualora costituisca il primo rapporto di lavoro tra le parti: si esclude,

¹⁷⁰ § 14.1 TzBfG.

¹⁷¹ M. Biasi, *Op. Ult. Cit.*, 778.

¹⁷² § 14.2 TzBfG.

¹⁷³ M. Biasi, *Op. Ult. Cit.*, 778.

infatti, l'utilizzo di tale istituto con lavoratori già assunti dal medesimo datore di lavoro (*demselben Arbeitgeber*)¹⁷⁴, anche se si prevedono mansioni differenti¹⁷⁵.

L'articolo in questione prosegue con altri tre commi di particolare interesse.

Il comma 2a stabilisce la possibilità di stipulare contratti a termine senza l'esistenza di ragioni oggettive ("a-causali") durante i primi quattro anni dalla costituzione della società e per una durata massima di quattro anni comprensivi di proroghe liberamente pattuibili¹⁷⁶.

Per quanto riguarda, invece, l'articolo 3 dello stesso § 14 il Legislatore permette la stipulazioni di contratto di lavoro a tempo determinato di tipo "a-causale" tra le parti qualora il dipendente abbia raggiunto l'età di 52 anni¹⁷⁷ per una durata complessiva di massimo 5 anni¹⁷⁸ (comprensivi di proroghe), nel caso in cui il lavoratore risulti disoccupato da oltre quattro mesi o, in ogni caso, risulti beneficiario di misure integrative¹⁷⁹. Il limite di età sopracitato è stato introdotto dalla *Erstes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt*, meglio nota come *Hartz I*.

Infine, il § 14 si conclude con la prescrizione che stabilisce che il contratto di lavoro a termine rimane valido soltanto se stipulato in forma scritta, pena la considerazione a tempo indeterminato¹⁸⁰.

Per completare la visione generale di questo istituto nella disciplina tedesca è bene considerare alcuni articoli del TzBfG che sono di fondamentale rilevanza.

Innanzitutto si ponga l'attenzione sull'articolo 4.2, il Legislatore intende qui tutelare la figura del lavoratore a tempo determinato, stabilendo il divieto di discriminazione, il cosiddetto "*Verbot der Diskriminierung*". Si stabilisce, infatti, che i lavoratori a tempo determinato non possono essere trattati in maniera meno favorevole rispetto ad un comparabile lavoratore a tempo

¹⁷⁴ § 14.2 TzBfG.

¹⁷⁵ M. Biasi, *Op. Ult. Cit.*, 779.

¹⁷⁶ M. Biasi, *Op. Loc. Ult. Cit.*.

¹⁷⁷ § 7 Erstes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt (Hartz 1), 23.12.2001.

¹⁷⁸ Così stabilito dalla decisione della Corte di Giustizia il 22.11.2005, C-144/04, "*Mangold*".

¹⁷⁹ M. Biasi, *Op. Ult. Cit.*, 780.

¹⁸⁰ § 16 TzBfG.

indeterminato, soltanto in ragione della natura temporanea del contratto. Inoltre, è definito che al lavoratore in questione vada attribuito un salario o altro pagamento equo, pari almeno alla misura corrispondente alla percentuale compiuta del suo mandato lavorativo¹⁸¹.

Più in generale è bene notare che all'articolo seguente il Legislatore tedesco fa chiaro riferimento a tale principio, in quanto stabilisce che il datore di lavoro non può in alcun modo discriminare il lavoratore qualora stia godendo di uno dei diritti concessi ai sensi del TzBfG¹⁸². Parimenti questi principi saranno ripresi più avanti, laddove si parlerà di lavoro a tempo parziale.

Continuando, invece, l'analisi all'interno della terza sezione del TzBfG, l'articolo 15 concerne il termine del contratto a tempo determinato. In particolare al § 15.1 il Legislatore tedesco afferma che un contratto a tempo determinato si conclude alla scadenza del termine prestabilito¹⁸³. Il contratto a termine di scopo, *zweckbefristeter Arbeitsvertrag*, invece, finisce con il raggiungimento del risultato concordato e comunque non prima di due settimane dal momento in cui il lavoratore riceve la notifica da parte del datore di lavoro riguardante il conseguimento dello scopo stesso¹⁸⁴. In altre parole, tale contratto può risolversi anticipatamente con un preavviso di due settimane, qualora il risultato sia stato conseguito e il datore ne abbia dato tempestiva notifica al lavoratore.

È bene puntualizzare che in Germania il datore di lavoro, *Arbeitgeber*, ai sensi del § 15.3, durante il periodo di efficacia del contratto a termine, può recedere solo in presenza delle ragioni previste dalla normativa vigente in materia di licenziamento straordinario, ovvero solo in presenza di una giusta causa¹⁸⁵.

Qualora il rapporto di lavoro si prolunghi oltre la scadenza del periodo pattuito, o comunque anche dopo il raggiungimento dello scopo, si considera a tempo

¹⁸¹ § 4.2 TzBfG.

¹⁸² § 5 TzBfG.

¹⁸³ § 15.1 TzBfG.

¹⁸⁴ § 15.2 TzBfG.

¹⁸⁵ M. Biasi, *op.cit.*, 779.

indeterminato, a meno che il datore di lavoro non si opponga o non notifichi l'ottenimento del risultato nei tempi di legge¹⁸⁶.

Se il limite apposto al contratto a termine non è valido in termini di legge, tale rapporto si intende pattuito a tempo indeterminato¹⁸⁷.

Ai sensi dell'articolo 17 del TzBfG il datore di lavoro è tenuto ad informare i lavoratori a tempo determinato circa gli eventuali posti di lavoro a tempo indeterminato disponibili in azienda, attraverso un'opportuna pubblicazione stabilita dal Legislatore¹⁸⁸.

3.3.2 I cosiddetti "Mini-jobbers"

Come anticipato, la disciplina dei Mini-jobs ha subito negli ultimi anni trasformazioni di rilevante importanza, che hanno permesso di rendere la fattispecie più appetibile al mercato del lavoro e maggiormente tutelata. Fino al 2003 la soglia massima di salario per un Mini-jobber era di 325 € con un orario massimo di 15 ore settimanali. I contributi per la malattia ammontavano al 10%, quelli per la pensione erano del 12% e le tasse del 20%¹⁸⁹.

La Hartz II ha introdotto innanzitutto un salario massimo di 400 €, modificato nel 2013 a 450 €, ha provveduto ad eliminare il limite temporale delle 15 ore settimanali ed ha reso più conveniente l'ammontare di contributi da pagare. Tanto è vero che per coloro che hanno stabilito un rapporto di lavoro prima del 1 gennaio 2013 il lavoratore è esonerato dal pagamento dei contributi pensionistici, mentre il datore di lavoro sopporta una percentuale del 15 % (5 % per i lavoratori presso domicilio privato). Il lavoratore può comunque rinunciare a questo esonero e pagare la differenza tra il contributo sostenuto dal datore e il complessivo ammontare del contributo (18,7 % per l'anno 2015). Per coloro, invece, che hanno stipulato un contratto di Mini-job dopo il 31 dicembre 2012,

¹⁸⁶ § 15.4 TzBfG.

¹⁸⁷ § 16 TzBfG.

¹⁸⁸ § 17 TzBfG.

¹⁸⁹ Reiserer, A. Freckmann, *Freie Mitarbeit und Mini-jobs nach Hartz-Reform*, cit. p. 150.

vige l'obbligo di pagamento dei contributi pensionistici, infatti, rimane a carico del datore di lavoro il 15 % (5 % per i lavoratori presso domicilio privato), mentre per la differenza il contributo è a carico del lavoratore, essa ammonta alla restante parte dell'impegno contributivo normale del 18,7 % (3,7 % per il Mini-jobber e 13,7 % per i lavoratori a domicilio). Di conseguenza il lavoratore ha diritto alla pretesa della intera pensione e, qualora lo desiderasse, può chiedere rinunciare a questo obbligo di pagamento dei contributi, analogamente a quanto avviene per i Mini-jobbers anteriori al 2013.

Poiché il § 163.8 del SGB VI stabilisce che ove il salario sia inferiore a 175 €, il lavoratore dovrà sostenere l'intero carico contributivo a fini pensionistici, tuttavia, si noti, che rimarrà invariato l'importo che deve essere versato dal datore di lavoro (il 15 %)¹⁹⁰.

Per quanto riguarda i contributi di malattia, questi sono sostenuti interamente dal datore di lavoro ai sensi del § 249b del SGB V e ammontano al 13 % (rimane del 5 % l'aliquota per i lavoratori in domicilia privati).

Per quanto riguarda l'assicurazione contro gli infortuni, essa non conosce alcun limite applicativo, tutti i lavoratori vengono assicurati. Ciò non vale per i contributi sociali, per i quali vige l'esonero dal pagamento anche da parte del datore di lavoro; sono esclusi i lavoratori che sono obbligati a tale adempimento in virtù di un altro reddito che lo preveda. Gli occupati non dovranno pagare l'assicurazione per la disoccupazione, a meno che non siano in pausa temporanea o in malattia e in virtù di ciò ricevano meno denaro.

In relazione ai lavoratori marginali del secondo tipo, cioè coloro che devono rispettare un certo limite temporale, *kurzfristige Beschäftigung*, essi sono esonerati dal pagamento dei contributi¹⁹¹.

È opportuno approfondire quale sia l'ottica del Legislatore nel determinare il reddito che consenta al lavoratore di rientrare nella categoria dei Mini-jobbers,

¹⁹⁰ H. Janas, U. Thiemann, *450-Euro Mini-jobs*, Haufe-Lexware GmbH Et Co., Freiburg, 2013, p. 45.

¹⁹¹ *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 2015.

poiché un salario può contenere proventi di vario tipo che fanno sfiorare il limite dei 450 €. I proventi previsti ai sensi del § 17 SGB IV sono sempre esenti dalla tassazione, si tratta di quelle quote *una tantum* come premi, borse di studio o proventi assimilati. L'articolo 3 del EstG prevede l'esenzione anche per il lavoro notturno e nei giorni festivi nei limiti di alcune soglie fissate. Stessa cosa non si può dire per il salario nei periodi di maternità. In linea generale possiamo dire che, qualora il lavoratore abbia diritto a questo denaro in virtù di un contratto collettivo o del regolamento di fabbrica, esso dovrà sempre essere conteggiato nella somma complessiva, poiché si tratta di un compenso che il lavoratore non può rifiutare. Qualora, al contrario, si tratti di una elargizione di carattere eccezionale, essa non entrerà a fare parte del calcolo¹⁹². Il lavoratore rimane nella zona Mini-job anche se occasionalmente supera la soglia dei 450 €, purché questa condizione non perduri per più di due mesi nell'arco di dodici mesi¹⁹³. La *ratio* del Legislatore trova una giustificazione se si pensa ad un lavoratore che riceve uno stipendio normale ma lavora soltanto per tre mesi l'anno, egli non può essere considerato un lavoratore marginale, anche se la sua retribuzione annua rimane nei limiti previsti dal Legislatore.

Proseguendo nella descrizione della fattispecie, si tenga presente che il § 8.2 del SGB IV definisce le regole da prendere in considerazione nel valutare un soggetto che oltre ad uno o più contratti di Mini-job, svolga anche un altro lavoro subordinato. Tra l'altro si tenga in giusto conto che nell'ambito di più contratti di lavoro simultanei, nel caso in cui la media di ore lavorate superi le 8, ai sensi del § 3 ArbZG, si incorre in una sanzione¹⁹⁴.

Qualora si svolgano, invece, due lavori marginali ma di tipo differente, un *kurzfristige Beschäftigung* e un *geringfügig entlohnte Beschäftigung*, i due impieghi non verranno sommati e per l'aspetto contributivo seguiranno le discipline previste. Un caso particolare si verifica nel caso del lavoro del

¹⁹² H. Janas, U. Thiemann, *Op. Ult. Cit.*, pag.16.

¹⁹³ H. Janas, U. Thiemann, *Op. Ult. Cit.*, pag.14.

¹⁹⁴ Reiserer, A. Freckmann, *Op. Ult. Cit.*, pag. 133.

disoccupato: ai sensi del § 155.1 del SGB III il guadagno mensile netto non può superare i 165 € per 15 ore settimanali, in caso contrario il disoccupato vedrà ridotta il proprio contributo ALG I¹⁹⁵.

Ritengo di fondamentale importanza proporre una digressione sugli studenti, poiché questi soggetti sono i principali utilizzatori del contratto di Mini-job. In particolare, il Legislatore tedesco al § 5.9 del SGB V ha elencato le tipologie di studenti che sono soggetti ad assicurazione obbligatoria, e quello che rileva ai nostri fini sarà la prevalenza dello *status* di studente su quello di lavoratore. Infatti, affinché ciò si verifichi è necessario che lo studente svolga il suo lavoro per non più di 20 ore settimanali o, nel caso le superi, tale impegno sia principalmente svolto in orario serale, notturno, nei fine settimana o nei periodi di vacanza. Qualora tale condizione prevalga su quella di lavoratore, il datore di lavoro sarà esonerato dal pagamento dei contributi¹⁹⁶.

È opportuno sottolineare che, parimenti alle altre fattispecie, anche il Mini-jobber ha diritto allo stesso trattamento degli altri lavoratori in caso di malattia e, in particolare, se sono vittima di una patologia per la quale non hanno colpa (§ 3 del EntgeltFG). Naturalmente viene riservato un trattamento leggermente diverso ai Mini-jobbers in merito ai periodi di ferie; essi avranno diritto ad una durata inferiore poiché vale il principio della parità di trattamento¹⁹⁷.

Passiamo ora ad analizzare brevemente la questione del licenziamento. In particolare la questione verrà affrontata unitamente ai lavoratori a tempo parziale. Qualora la motivazione del licenziamento di queste categorie di lavoratori sia legata a ragioni di carattere organizzativo che richiedano necessariamente lavoratori a tempo pieno, tale interruzione è assolutamente legittima, fatto salvo il dovere da parte del datore di lavoro di dimostrarne la fondatezza. Nel caso in cui, invece, il licenziamento non sia legittimato da particolari esigenze che facciano preferire i lavoratori a tempo pieno,

¹⁹⁵ K. Sicherau, *Op.Ult.Cit.*, pag. 39.

¹⁹⁶ H. Janas, U. Thiemann, *Op. Ult. Cit.* p. 35.

¹⁹⁷ K. Reiserer, A. Freckmann, *Op.Ult.Cit.*p. 137.

l'interruzione del rapporto non è valida¹⁹⁸. Per quanto concerne la disciplina relativa al licenziamento straordinario, invece, e si applica quanto previsto per i rapporti di lavoro “tipici” e il conseguente § 626.1 del BGB.

Sempre rientrando nella categoria dei contratti di lavoro marginali, vi è la cosiddetta zona di scorrimento, dove si posizionano tutti quei lavoratori che ricevono uno stipendio compreso tra i 450,01 € e gli 850,00 € e che viene chiamata *Gleitzone* e i cui contratti sono definiti *Midi-jobs*. Il codice disciplina questa condizione al § 20 del SGB IV, in particolare in questa zona il lavoratore è obbligato al pagamento dei contributi con aliquota ridotta. Oltretutto scompare qui il metodo cosiddetto “a gradoni”, ed interviene quello progressivo¹⁹⁹. Per quanto riguarda il datore di lavoro il versamento contributivo non subisce alcuna decurtazione. Si noti comunque che tale disciplina continua a non essere applicata a contratti come apprendistato e praticantato.

Infine, ritengo indispensabile menzionare, al fine di completare la trattazione della fattispecie dei Mini-jobs, il recente intervento del Legislatore tedesco con il quale si è assistito alla definizione di un salario minimo lordo. Attraverso il § 1 della Legge che disciplina i salari minimi, il MiLoG, a partire dal 1 gennaio 2015 la Germania ha stabilito un salario lordo minimo di importo pari 8,50 €. Tale novità non si applica però ai minori di 18 anni, ai tirocinanti, agli apprendisti e, per i primi sei mesi, a coloro che trovano un lavoro dopo almeno dodici mesi di disoccupazione²⁰⁰.

3.3.3 Il lavoro tramite agenzia, *Arbeitnehmerüberlassung*

La fattispecie del contratto di fornitura del lavoro è stata introdotta nella disciplina tedesca nel 1972 attraverso la Legge sul lavoro interinale, *Arbeitsnehmerüberlassungsgesetz* (AüG), e modificata negli anni, in particolare attraverso le riforme Hartz. Con le stesse al fine di contrastare l'alto tasso di

¹⁹⁸ K. Reiserer, A. Freckmann, *Op.Ult.Cit.*, p. 142.

¹⁹⁹ K. Sicherau, *Op.Ult.Cit.*, cit. p. 48.

²⁰⁰ http://www.tagesschau.de/wirtschaft/mindestlohn-102~_origin-9377c92e-edba-4132-b7c0-099b61a09019.html

disoccupazione sono state introdotte le cosiddette agenzie di Personal Service (PSA): si trattava, in buona sostanza, di agenzie di lavoro interinale, inserite nell'ambito degli uffici di collocamento, che hanno il compito di collocare i lavoratori disoccupati. È necessario, comunque, che tale agenzia costituisca una unità autonoma, come una unità aziendale o società a responsabilità limitata, all'interno comunque di un rapporto di partecipazione o collaborazione con l'ufficio di collocamento. Si noti che attualmente non tutti gli uffici di collocamento hanno una PSA. Tra gli scopi principali vi è la occupazione permanente di quei soggetti che hanno difficoltà a inserirsi nel mercato del lavoro²⁰¹. Il lavoro interinale in Germania, analogamente al caso italiano, consiste in un duplice contratto, da un lato quello stipulato tra il datore di lavoro e l'agenzia, dall'altro quello tra agenzia e lavoratore. In particolare la disciplina definisce *Arbeitgeber* (o *Verleiher*) l'agenzia interinale, che assolve il ruolo di procacciatore di lavoro, *Leiharbeitnehmer*, i lavoratori dipendenti che vengono assunti con il contratto di somministrazione e il *Entleiher* (o *Kunde*), cioè mutuatario, quel soggetto che solo formalmente sembra assumere il lavoratore, ma che in realtà si occupa soltanto di fornire il lavoro e di utilizzarne la manodopera. Come già accennato nelle prime righe, veri e propri contratti esistono tra lavoratore e agenzia, regolati in particolare dai contratti collettivi, e tra agenzia e datore di lavoro. Quello che lega, invece, datore di lavoro e lavoratore in una direzione può essere inteso come rapporto di impegno, nell'altra emerge una relazione di tipo fiduciario. Ai sensi del § 28 a del SGB IV e del § 42d del EStG, il datore di lavoro, in questo caso l'utilizzatore, è tenuto al pagamento dei contributi per il lavoratore.

Vi è, inoltre, un sistema di profitto decrescente, che consiste nel fatto che più un lavoratore perdura presso l'agenzia, minori sono i compensi che questa riceve come premio per il raggiungimento dell'obiettivo di collocamento. La Riforma Hartz ha permesso l'istituzione di rapporti di somministrazione anche a tempo

²⁰¹ Cfr. BA-Rundbrief 71/2002 v. 23/12/2002, Nr. 2.3.107..

indeterminato, fino a poco prima vietati; stessa cosa vale per il contratto tra lavoratore intermittente e agenzia²⁰². Tale riforma ha poi introdotto un principio già in parte analizzato, ma che in Germania, a differenza dell'Italia, non era ancora stato introdotto nei rapporti di somministrazione. Si tratta del principio di parità di trattamento, *Gleichbehandlungsgrundsatz*, in virtù del quale i lavoratori intermittenti devono essere trattati in maniera del tutto analoga agli altri. In particolare il lavoratore deve subire lo stesso trattamento di un soggetto a lui comparabile²⁰³ in termini di condizioni lavorative (ferie, durata della giornata), ma anche in termini retributivi. Infatti, secondo l'articolo 12.1 AÜG, l'impresa deve corrispondere anche uguale compenso e, qualora il datore di lavoro versi un salario inferiore, il lavoratore può chiedere il giusto compenso all'Agenzia, la quale a sua volta potrà farsi risarcire dall'impresa. Vigono, comunque, ancora alcune deroghe a questo principio, come per esempio durante le prime sei settimane di lavoro, qualora il lavoratore fosse stato precedentemente disoccupato e nei casi previsti dai contratti collettivi.

Il datore di lavoro che non applica questo principio di parità di trattamento, può incorrere nella sanzione prevista, e cioè nella impossibilità di stipulare nuovamente un contratto di somministrazione con quel lavoratore o con altri, e anche nella invalidità del contratto stesso²⁰⁴. Tuttavia, poiché questo non porterebbe ad alcun vantaggio per il lavoratore, egli può chiedere la non applicazione delle sanzioni e semplicemente il pagamento del compenso dovuto. Questa forma contrattuale è vantaggiosa perché permette di evitare il rischio legato all'assunzione effettiva di altro personale, qualora l'azienda si trovi a dover affrontare picchi di domanda.

²⁰² Cfr. M. Tiraboschi, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 160 ss.

²⁰³ Cfr. *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 2015.

²⁰⁴ § 10 AÜG.

3.3.4 Il part-time

Come è già stato analizzato per il contratto a tempo determinato, il contratto di lavoro part-time è regolato dal TzBfG e in buona sostanza, possiamo dire che in linea di principio la disciplina non si discosta molto da quella del lavoro a termine. In particolare il codice definisce il lavoro part-time al § 2.1 del TzBfG affermando che è lavoratore part-time quel dipendente la cui settimana lavorativa regolare è più breve di quella di un analogo impiegato a tempo pieno comparabile (sempre in merito al tipo di attività svolta). Similmente al caso del lavoratore a tempo determinato, vige il principio generale del divieto di discriminazione, il cosiddetto “*Verbot der Diskriminierung*”, secondo il quale i lavoratori a tempo parziale non devono essere trattati in maniera meno favorevole rispetto ad un analogo lavoratore a tempo pieno, solo in ragione della natura del contratto. È utile una piccola digressione sul § 6 del TzBfG, dove il Legislatore tedesco afferma il dovere da parte del datore di lavoro di consentire al lavoratore in posizione manageriale un contratto di lavoro part-time. In linea generale il sistema legislativo regola e consente espressamente questa fattispecie anche in virtù degli ultimi studi nell’ambito delle risorse umane. Proprio recentemente ha trovato il suo sviluppo ad opera di alcuni studiosi tedeschi, il cosiddetto fenomeno del “*Top Sharing*”, in cui si prevede la condivisione, da parte di due o più persone, di una posizione manageriale. Non si esclude, peraltro, che si possa realizzare attraverso un contratto di part-time.

Tornando alla nostra trattazione, al § 7.3 del TzBfG il Legislatore obbliga il datore di lavoro a informare i rappresentanti dei lavoratori sugli eventuali posti di lavoro a tempo pieno disponibili in azienda e viceversa. Oltretutto il lavoratore che svolge la propria opera in azienda da più di sei mesi può chiedere che l’orario di lavoro concordato venga ridotto²⁰⁵ e il datore di lavoro dovrà accettare la riduzione dell’orario e la distribuzione desiderata dal lavoratore

²⁰⁵ § 8.1 TzBfG.

qualora ragioni di tipo operativo non si oppongano²⁰⁶. Le ragioni per le quali il datore di lavoro può rifiutare una riduzione dell'orario di lavoro devono essere correlate in maniera oggettiva alla azienda (aspetti organizzativi, di sicurezza o costi eccessivi per l'impresa), previa dimostrazione di concretezza.

Per quanto riguarda l'aspetto del licenziamento, ai sensi del § 11 del TzBfG è bene notare che, in particolare per il lavoratore a tempo parziale, è inefficace il licenziamento del lavoratore che rifiuta di passare da un contratto a tempo pieno ad uno a tempo parziale.

3.4 Il lavoro autonomo (*Selbsitinger*)

Il passaggio da una società di tipo fordista-taylorista, basata sul lavoro di tipo salariale ad una società c.d. post-fordista ha messo in crisi la distinzione subordinazione- autonomia, portando a preferire contratti di tipo autonomo.²⁰⁷

Infatti, le nuove modalità di produzione hanno permesso che anche il lavoro non soggetto all'etero-direzione del committente potesse essere inserito organicamente nell'impresa e, allo stesso tempo, che attività precedentemente svolte all'interno dell'organizzazione potessero essere esternalizzate.²⁰⁸

Già a partire dai primi anni Sessanta, quando si utilizzava il concetto di dipendenza personale per distinguere i lavoratori autonomi da quelli subordinati, sono sorti i primi problemi in merito. La letteratura riporta il caso di un medico dell'ospedale che, in qualità di lavoratore dipendente, valutava personalmente il trattamento medico necessario e le circostanze in cui questo andava somministrato. In buona sostanza, almeno apparentemente, veniva messo in discussione il rapporto contrattuale di tipo subordinato poiché tale lavoratore non sembrava rispondere al principio di dipendenza personale. Il tribunale decise comunque il caso: si trattava di un rapporto di lavoro di tipo subordinato

²⁰⁶ § 8.4 TzBfG

²⁰⁷ A. Perulli, *Lavori atipici e para-subordinazione tra diritto e situazione italiana*, cit., pag. 740.

²⁰⁸ M. Pallini, *Op. Ult. Cit.*, pag. 103.

e ha confermato la presenza di dipendenza personale.²⁰⁹ A causa della mancanza di chiarezza del legislatore tedesco sulla definizione della linea di demarcazione tra lavoro subordinato e lavoro autonomo, negli anni anche la Germania ha conosciuto la figura del c.d. “pseudo”²¹⁰ lavoratore subordinato.

A differenza di altri stati europei, la Germania ha optato per una “ridefinizione espansiva della fattispecie di subordinazione” ed ha ricondotto quasi totalmente alla disciplina sul lavoro subordinato quei prestatori di lavoro c.d. economicamente dipendente inseriti nell’organizzazione del committente.²¹¹

Come vedremo, il dibattito si è esteso fino ai primi anni Duemila, portando ad alcune importanti decisioni normative.

3.4.1 Autonomia vs subordinazione: il problema del lavoratore autonomo apparente, *Scheinselbständigkeit*

Per indagare al meglio la situazione del lavoro autonomo in Germania dobbiamo avere coscienza che storicamente in tutta Europa la crescita continua del lavoro subordinato rispetto al lavoro autonomo sembra aver riscontrato un rallentamento intorno agli anni Ottanta, dove effettivamente il modello salariale ha iniziato a proiettare la propria influenza su quello indipendente.²¹² Probabilmente una delle espressioni più interessanti all’interno della letteratura viene fornita da Alain Supiot laddove affronta, inizialmente, il tema della differenza tra lavoro autonomo e subordinato in modi differenti: da un lato viene rappresentato come una frontiera che può spingersi in una direzione o nell’altra ma che non consente zone intermedie; dall’altro ci si può interrogare sulla zona grigia tra le due tipologie di contratto e sull’opportunità di utilizzare delle figure

²⁰⁹ M. Weiss, *The Regulation of Quasi-Subordinate Employment in Germany*, in AA.VV., *La riforma del mercato del lavoro: deregolazione o riregolazione?: la legge Biagi nel confronto comparato*, cit., pag. 111.

²¹⁰ M. Weiss, *Op. Ult. Cit.*, pag. 114.

²¹¹ A. Perulli, *Op. Ult. Cit.*, pag. 748.

²¹² A. Supiot, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2000, 2, pag. 218.

ibride. In ultima istanza Supiot ipotizza un diritto comune del lavoro che dovrebbe sapere regolare tutti i tipi di attività professionale.

In Germania la disciplina ha trovato, in particolare, una evoluzione molto simile al caso italiano.

Innanzitutto, la disciplina tedesca non conosce, fin dalle sue origini, alcuna definizione di lavoro subordinato paragonabile a quella dell'art 2094 del codice civile italiano. Come sottolinea Borzaga, questa mancanza ha fatto sì che per molti anni il legislatore si sia espresso dando per scontato il concetto di subordinazione che agli effetti non esisteva nella disciplina. Tuttavia un tentativo di definizione è stato apportato nel 1953 con il § 84 del Codice commerciale, *Handelsgesetzbuch*, HGB, laddove si parla della figura dell'agente commerciale.²¹³ Egli, infatti, si presenta come un lavoratore autonomo che può determinare liberamente il proprio operato e in questo è chiaramente ravvisabile la nozione di autonomia. Al secondo comma dello stesso articolo il legislatore precisa, tuttavia che, qualora l'agente commerciale debba sottostare alla figura di un datore di lavoro, verrà considerato lavoratore dipendente (*Angestellter*). Oltre al Codice commerciale, sulla nozione di occupato nell'accezione di lavoratore subordinato intervengono anche il SGB ai fini dell'applicazione del diritto della sicurezza sociale e il diritto tributario. Di conseguenza, la giurisprudenza ha dedotto *a contrario* la definizione di lavoro autonomo²¹⁴, sviluppando un concetto universale di subordinazione basato sulla dipendenza personale, *persönliche Abhängigkeit*, per distinguere il lavoratore subordinato, *Arbeimehmer*, dal lavoratore autonomo, *Selbständiger*²¹⁵. Con il tempo, oltre a questo indice, ne venne sviluppato un altro basato sul concetto di inserimento del lavoratore dipendente nella struttura del datore di lavoro, con il conseguente

²¹³ M. Borzaga, *Subordinazione e diritto della sicurezza sociale: le "riforme fallite" nella Repubblica Federale Tedesca*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2002, 4. pag. 657.

²¹⁴ T. Vettor, *Tra autonomia e subordinazione. Problemi definitivi e tendenze regolative negli ordinamenti giuridici europei*, in AA.VV., *Il "lavoro a progetto" in Italia e in Europa*, Il Mulino, 2006, pag. 168.

²¹⁵ Cfr. Hanau e Adomeit, 1994, 144 e s.

utilizzo dei mezzi e degli strumenti del committente e l'inserimento nell'organizzazione dell'impresa. In seguito, si giunse a sviluppare circa una trentina di indici, ma senza stabilire quale fosse il peso da attribuire a ciascuno di essi²¹⁶. In particolare, l'approccio giurisprudenziale era rivolto ad individuare il grado di dipendenza personale e l'intensità in tempo, durata, luogo e contenuto della direttive del datore di lavoro. Il Tribunale Federale del Lavoro qualificava, quindi, la subordinazione attraverso il metodo tipologico classico: non era necessario che nella situazione concreta vi fossero tutti gli elementi della fattispecie astratta e rilevava l'intensità con cui i tratti si manifestavano. La presenza rilevante di un elemento poteva compensare la mancanza di un altro per l'identificazione della fattispecie. In buona sostanza si trattava di un metodo di qualificazione flessibile e adattabile ai mutamenti della realtà sociale²¹⁷. Solo per portare alcuni esempi concreti della giurisprudenza tedesca, si noti che per quanto riguarda il caso degli insegnanti, la Corte federale del lavoro ha distinto tra l'impiego in via autonoma o in via subordinata sulla base della predisposizione o meno da parte della scuola del piano di insegnamento. Sul punto Wank esprime le sue perplessità sulla relazione fra tale piano e la disciplina lavoristica. Al contrario, è apparsa più comprensibile la scelta della giurisprudenza tedesca in merito ai collaboratori radiofonici di far dipendere la loro subordinazione dalla facoltà di decidere se erogare le loro energie a favore di uno o di un altro committente.²¹⁸

Era divenuto frequente nella dottrina tedesca prestabilire un elenco di precedenti giurisprudenziali per le singole tipologie di lavoratori, in modo tale da facilitare le decisioni in merito.²¹⁹

²¹⁶ U. Muckemberger, R. Wank, H. Buchner, *Ridefinire la nozione di subordinazione? Il dibattito in Germania*, in *Giorn. Dir. Lav. e Rel. Ind.*, 2000, 86, pag. 336.

²¹⁷ M. Borzaga, *Op. Ult. Cit.*, , pagg. 658-659.

²¹⁸ U. Muckemberger, R. Wank, H. Buchner, *Op. Ult. Cit.*, pagg. 336-337.

²¹⁹ P. Frantzioch, *"Nuova autonomia" e concetto di lavoratore subordinato. Sulla distinzione tra lavoro subordinato e autonomo nel diritto del lavoro tedesco*, in AA.VV., *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, UTET, 1998, pag. 238.

Tutto ciò ha oltremodo favorito lo sviluppo dei contratti di lavoro più vantaggiosi per i datori di lavoro, i quali non correvano il rischio essere vinti in sede giudiziale. Il numero dei contratti di lavoro quasi-subordinato è, così, cresciuto, facendo emergere gli innumerevoli punti deboli del sistema tedesco, e portando al progressivo aumento dei casi “dubbi”. Solo nelle ipotesi in cui vi era un chiaro abuso della tipologia contrattuale, si poteva parlare di autonomia apparente; mentre per i “casi limite”, dove cioè la situazione non era “palese”, il concetto di subordinazione utilizzato dal BAG (Tribunale del lavoro tedesco) risultava poco convincente. Talvolta era preferibile non ricorrere al Tribunale del lavoro perché, utilizzando criteri imprecisi, la decisione del giudice federale era spesso imprevedibile.²²⁰

Senza dubbio, coloro che hanno maggiormente sofferto tale situazione di forte incertezza sono stati i “liberi collaboratori” operanti nel settore dei Mass-media. In particolare, i prestatori di lavoro nel settore giornalistico godevano di condizioni di lavoro peggiori rispetto a quelle dei paragonabili lavoratori subordinati. Tanto è vero che su 550 ricorrenti, 450 sono stati qualificati rapporti di lavoro subordinato dal Tribunale federale del lavoro. Gli stessi ottennero anche una modifica della legge sul contratto collettivo (§ 12 TVG).²²¹

Si è giunti ad una vera e propria crisi del concetto di subordinazione.

I giuslavoristi hanno, così, tentato di sviluppare alcune teorie per meglio definire il concetto di subordinazione ed evitare i fenomeni elusivi che andavano sviluppandosi, anche superando l’ipotesi di dipendenza personale. Dapprima Rolf Wank ha ipotizzato una distinzione lavoro autonomo- subordinato basata sul concetto di “assunzione del rischio” (nel senso negativo, o *chances*, in termini positivi²²²), ma tale teoria non ha riscontrato particolare successo. In particolare, egli sosteneva che la possibilità di influenzare le decisioni in merito agli acquisti, alla vendita e all’organizzazione in generale è un elemento tipico

²²⁰ P. Frantziach, *Op. Ult. Cit.*, pagg. 239- 240.

²²¹ P. Frantziach, *Op. Ult. Cit.*, pag. 345.

²²² O. E. Kempen, R. Kretzschmar, *I problemi e le difficoltà di organizzare sindacalmente i lavoratori “semiautonomi” in Germania*, in *Lavoro e diritto*, 1999, 4, pag. 598.

della autonomia imprenditoriale. Va, tuttavia, mossa l'obiezione che, anche molti lavoratori dipendenti possono adottare decisioni di questo tipo; ciò che rileva è, quindi, l'imputazione del risultato di queste scelte²²³. Negli stessi anni Herbert Buchner, al contrario, sosteneva che fosse necessario fondare la distinzione autonomia-subordinazione sugli indici classici e sull'assoggettamento al potere direttivo²²⁴. Successivamente, a partire dalla seconda metà degli anni Novanta, accanto alle professioni liberali, generalmente esercitate in regime di indipendenza, era notevolmente aumentato il numero di lavoratori autonomi che esercitavano attività tradizionalmente svolte attraverso contratti di tipo subordinato. Tutto ciò si collocava in una c.d. "zona grigia", fino a quel momento sconosciuta²²⁵. Sulla questione la dottrina si è divisa tra i concetti di c.d. nuova e apparente autonomia. Chi parlava di autonomia apparente, *Scheinselbständigkeit*, aveva una visione perlopiù negativa del fenomeno e definiva l'aumento del lavoro autonomo, il risultato dell'elusione delle norme sul diritto del lavoro. Coloro, invece, che lo consideravano l'espressione di una nuova forma di autonomia, *neue Selbständigkeit*, ritenevano fosse più corretto parlare di lavoro autonomo vero o falso, *rechte oder falsche Selbständigkeit*. Secondo questa corrente di pensiero, non tutti i rapporti di lavoro autonomo non tradizionale celavano necessariamente una violazione delle norme sul lavoro, ma bisognava capire quali effettivamente camuffassero forme di lavoro subordinato²²⁶. Le attività in questione venivano svolte personalmente e senza l'ausilio di collaboratori, e ciò portava a pensare che si trattasse sempre di forme di autonomia apparente.

Per capire la portata dal fenomeno, a metà degli anni Novanta, l'Istituto tedesco per la ricerca sul mercato del lavoro e le professioni ha pubblicato uno studio sui tre modelli di determinazione del rapporto di lavoro e ha dimostrato la grande rilevanza del problema. In primo luogo il modello BAG, sviluppato dal

²²³ U. Muckemberger, R. Wank, H. Buchner, *Op. Ult. Cit.*, pag. 339.

²²⁴ U. Muckemberger, R. Wank, H. Buchner, *Op. Ult. Cit.*, pag. 330.

²²⁵ U. Muckemberger, R. Wank, H. Buchner, *Op. Loc. Ult. Cit.*.

²²⁶ M. Borzaga, *Op. Ult. Cit.*, pag. 660.

Tribunale Federale del Lavoro, ricordiamo, in linea generale considerava lavoratore subordinato chi viveva una forma di dipendenza personale. Questa impostazione contava 461.000 lavoratori autonomi apparenti.

Secondo il modello di Wank, quello sviluppato sul rischio di impresa, il numero di coloro che rispondevano al fenomeno del *Scheinselbständigkeit* si sarebbe aggirato attorno a 636.000 persone.

Infine, sulla base del c.d. *Verbandsmodell*, elaborato dagli enti di assicurazione sociale, era considerato lavoratore subordinato, ai fini della previdenza obbligatoria, colui che svolge la prestazione personalmente o con l'aiuto di familiari per un solo committente e l'attività corrisponda ad una tipicamente svolta attraverso un rapporto di lavoro subordinato. Questo ultimo modello permetteva di riscontrare in quegli anni 379.000 lavoratori autonomi apparenti²²⁷.

Il fenomeno assumeva una così grande portata, non in ragione delle esigenze di celerità del datore di lavoro, bensì poiché ne derivavano importanti vantaggi economici: dal non pagamento della retribuzione durante la malattia o le ferie, alla non applicazione della legge contro i licenziamenti illegittimi e l'esclusione dal rispetto delle norme sull'orario di lavoro. Dalla parte del lavoratore vi erano poche possibilità di scelta, l'alternativa al lavoro autonomo era esclusivamente la disoccupazione secondo Kreuder.²²⁸ In buona sostanza la grande differenza esistente tra le tutele garantite ai lavoratori dipendenti e il basso grado di protezione tipico del lavoro autonomo ha portato i committenti ad aggirare la protezione "garantita" ai rapporti di tipo subordinato, utilizzando fattispecie di lavoro autonomo.²²⁹ Come suggerisce Rolf Wank, andavano valutate con assoluto "scetticismo" tutte quelle situazioni in cui i datori di lavoro offrivano esclusivamente al lavoratore la possibilità di stipulare contratti di lavoro di tipo

²²⁷ M. Borzaga, *Op. Ult. Cit.*, pagg. 662-663.

²²⁸ Cit. in M. Borzaga, *Op. Ult. Cit.*, pag. 663.

²²⁹ K. Bieback, *Op. Ult. Cit.*, pag. 447.

autonomo per lo svolgimento di mansioni tipiche dei contratti di tipo subordinato.²³⁰

Urgeva, quindi, l'adozione di un provvedimento legislativo capace fornire una soluzione al problema. In questa prospettiva, la dottrina ha proposto due diversi strumenti:

- uno in grado di far ricadere i nuovi lavoratori autonomi nella disciplina prevista per i lavoratori subordinati, in termini di assicurazione contro la malattia e la vecchiaia, in virtù della necessità di protezione sociale;
- un'altra proposta avvicinava l'istituto della persona simile al lavoratore subordinato, *arbeitnehmerähnliche Person*²³¹, al collaboratore coordinato e continuativo del caso italiano. E questo filone di pensiero proponeva di estendere a questi soggetti alcune norme tipiche dei lavoratori dipendenti, in particolare in materia previdenziale²³².

Nel 1999 il Legislatore tedesco ha fornito una prima risposta a tale problema, proponendo una soluzione legislativa che incidesse solamente sul diritto della sicurezza sociale.

Fermiamoci ora ad osservare da vicino le proposte legislative che erano intervenute negli anni precedenti la decisione del 1999.

Il primo tentativo fu una proposta di legge della Commissione per la predisposizione di un codice del lavoro intervenuta tra il 1970 e il 1981 che non si è occupata direttamente della questione, ma ha fornito una definizione di lavoratore subordinato al § 3: “con il contratto di lavoro il lavoratore subordinato si obbliga a prestare il lavoro concordato sotto la direzione e secondo le istruzioni del datore di lavoro; il datore di lavoro, da parte sua, si

²³⁰ U. Muckemberger, R. Wank, H. Buchner, *Op. Ult. Cit.*, pag. 335.

²³¹ La definizione è da attribuire a Merlsbach che propose di inserire nel novero delle “persone simili ai lavoratori subordinati” i lavoratori che, pur non potendo essere qualificati come subordinati, prestavano la loro attività in condizioni simili ai lavoratori dipendenti..

²³² M. Borzaga, *Op. Ult. Cit.*, pag. 664.

obbliga a pagare il corrispettivo pattuito”²³³. Questa proposta non venne presa in considerazione.

Un altro tentativo risale al c. d. “progetto di legge dei professori” del 1990: è lavoratore subordinato colui che “*sulla base di un contratto di diritto privato, è obbligato a presentare il lavoro concordato*”. Non sono, invece, lavoratori subordinati coloro che “hanno un contratto diretto con il mercato, sulla base di una attività imprenditoriale”²³⁴. Anche questa proposta non è stata recepita poiché non forniva limiti chiari ai criteri distintivi delle fattispecie.

Nel 1996 il Land Brandenburg ha offerto un progetto di legge volto precisamente ad affrontare il problema dell’autonomia apparente. L’art. 2 del progetto di legge recitava: “è lavoratore subordinato chi, sottoposto a direttive, presta personalmente, sulla base di un contratto di diritto privato, dei servizi in favore di un terzo, senza avere un contatto diretto con il mercato come il lavoratore autonomo, sulla base di un rischio di impresa volontariamente assunto (...). Nel caso in cui un soggetto non possa organizzare essenzialmente in modo libero la propria attività e determinare il proprio orario di lavoro, si presume *iuris et de iure* che egli sia lavoratore subordinato. Se un soggetto lavora in favore di un terzo senza propri collaboratori e senza un proprio capitale di impresa, si presume che egli sia lavoratore subordinato”²³⁵. Si tratta di una definizione di subordinazione delineata sull’esistenza di alcuni presupposti molto precisi. Ma anche tale proposta non è stata presa in considerazione dal legislatore tedesco del 1999.

Altri due Länder, nella fattispecie, Hessen e Nordrhein-Westfalen, nel 1996 hanno presentato una proposta comune per far fronte a questo problema dell’autonomia apparente. Essi suggerivano di considerare che, vista l’esigenza di protezione sociale dei nuovi lavoratori autonomi e le difficoltà di intervenire nelle definizioni giuslavoristiche, il problema non andava affrontato

²³³ M. Borzaga, *Op. Ult. Cit.*, pag. 666.

²³⁴ M. Borzaga, *Op. Ult. Cit.*, pag. 666.

²³⁵ M. Borzaga, *Op. Ult. Cit.*, pag. 667.

esclusivamente nell'ambito del diritto del lavoro, ma anche e principalmente in quello della sicurezza sociale²³⁶. Il legislatore tedesco ha, quindi, deciso di proporre la modifica all'interno del Codice di sicurezza sociale, *Sozialgesetzbuch*, affiancando alla definizione generale di occupato (diventata sostanzialmente equivalente al concetto di "lavoro subordinato" nella disciplina tedesca) un sistema di presunzioni, *Vermutungen*, di dipendenza con la conseguente inversione dell'onere della prova²³⁷.

Si giunge, così, alla Legge sulle rettifiche in materia di sicurezza sociale e la tutela dei diritti dei lavoratori, *Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte*²³⁸ approvata il 19 dicembre 1998 ed entrata in vigore nel 1999. Anche se la proposta di legge è stata comunque snaturata dall'esame parlamentare, tale provvedimento appone delle modifiche al § 7.4 del SGB IV, enumerando quattro criteri di dipendenza economica:

- lavoro compiuto personalmente senza l'aiuto di collaboratori, salvo i familiari;
- lavoro svolto per un solo committente;
- prestazioni che tipicamente sono svolte nell'ambito di un contratto di lavoro subordinato, *für Beschäftigte typische Arbeitsleistungen erbringen*;
- lavoro svolto senza essere avere un contatto diretto con il mercato sulla base di una attività imprenditoriale, *nicht aufgrund unternehmerischer Tätigkeit um Markt auftreten*.

Ai sensi di tale legge si presumeva subordinato il lavoratore che rispondeva congiuntamente a due delle caratteristiche sopraelencate, fatta salva la possibilità per il lavoratore di dimostrare il contrario. La disposizione non aveva efficacia nei confronti degli agenti di commercio, i quali organizzano la loro attività in modo libero e determinando autonomamente l'orario di lavoro. Ricordiamo che al comma 1 dello stesso articolo 7 ai fini della subordinazione

²³⁶ M. Borzaga, *Op. Loc. Ult. Cit.*,

²³⁷ M. Borzaga, *Op. Ult. Cit.*, pag. 668.

²³⁸ http://www.darmstadt.ihk.de/recht_und_fair_play/Arbeitsrecht/Beschaefigungsformen/502866/scheinselbststaendigkeit.html.

rileva “l’esecuzione di una prestazione sulla base di direttive e dell’inserimento nella organizzazione lavorativa di colui che le impartisce”.²³⁹ L’articolo prosegue precisando chi deve essere considerato elemento della famiglia.

L’analisi dell’articolo ha portato gli studiosi a riconoscere nella prima e terza presunzione il noto concetto di dipendenza personale, *persönliche Abhängigkeit*, e negli altri due l’ipotesi di dipendenza economica, *wirtschaftliche Abhängigkeit*. Tale teoria è entrata molto in uso negli ultimi anni ad opera di Wank²⁴⁰.

In un certo senso il legislatore ha tentato di ampliare il novero dei ricadenti nell’applicazione delle disposizioni in materia di sicurezza sociale inserendo, oltre ai lavoratori autonomi apparenti, anche molti lavoratori indipendenti a tutti gli effetti che fossero in possesso di determinati requisiti²⁴¹.

Si noti, peraltro, che non era chiaro chi potesse invocare l’applicazione di tale articolo, e chi quindi far valere la prova contraria. La prassi ha risolto la questione, poiché nella maggior parte dei casi l’ente previdenziale effettuava controlli in azienda contestando, ad esempio, la mancata applicazione del diritto di previdenza sociale nei confronti di un determinato lavoratore. Il datore dovrà, quindi, in sede giudiziale applicare a suo favore le presunzioni di cui al § 7.4 del SGB IV. Non era comunque escluso fosse il lavoratore ad intervenire per far emergere, nella maggior parte dei casi, la propria subordinazione²⁴².

Oltre alla disposizione del SGB IV il Legislatore del 1999 ha introdotto una nuova norma, § 2.9 del SGB VI, che obbligava le persone simili ai lavoratori subordinati (lavoratori autonomi che non occupano nessun lavoratore stabilmente alle proprie dipendenze e che eseguono l’attività principalmente in favore di un unico committente)²⁴³, *arbeitnehmerähnliche Person*, all’obbligo di assicurazione pensionistica e, quindi, al pagamento dei contributi previdenziali.

²³⁹ U. Muckemberger, R. Wank, H. Buchner, *Op. Ult. Cit.*, pag. 341.

²⁴⁰ M. Borzaga, *Op. Ult. Cit.*, pag. 671.

²⁴¹ M. Borzaga, *Op. Ult. Cit.*, pagg. 668-669.

²⁴² M. Borzaga, *Op. Ult. Cit.*, pag. 672.

²⁴³ U. Muckemberger, R. Wank, H. Buchner, *Op. Ult. Cit.*, pag. 350.

In questo modo, se un lavoratore apparente non rientrava nella fattispecie descritta dal § 7 del SGB IV, rimaneva comunque obbligato al versamento dei contributi.²⁴⁴

L'intervento legislativo fu molto criticato dalle organizzazioni imprenditoriali, poiché ritenevano che in qualche modo potesse ostacolare lo sviluppo di attività autonome.²⁴⁵

Ha creato notevoli problemi di incertezza l'unificazione sotto lo stesso articolo del concetto di lavoratore subordinato, da sempre legata al diritto del lavoro, e di occupato, più affine al sistema di sicurezza sociale. D'altro canto anche lo stesso sistema delle presunzioni risulta abbastanza vago, ed ha portato, talvolta, a risultati "paradossali" e ad essere poco applicato nella prassi.²⁴⁶ In particolare ha causato la riconduzione al sistema di sicurezza sociale dettato dal SGB anche di quei soggetti che sono senza alcun dubbio indipendenti e non avevano nessun bisogno di protezione.²⁴⁷

Oltretutto, alcuni autori hanno ipotizzato che vi fosse anche un problema di costituzionalità: sarebbe stato violato il principio di uguaglianza (§ 3.1 del *Grundgesetz*), dato che la legge escludeva dall'ambito di applicazione la categoria degli agenti di commercio, anch'essi a tutti gli effetti bisognosi di protezione sociale.²⁴⁸

Per tutto quello finora descritto, il Governo federale tedesco decise di costituire una commissione di esperti, la Commissione *Dieterich*, con il compito di "formulare osservazioni al fine di predisporre una nuova proposta di legge che fosse in grado di mitigare le critiche ed i malintesi creati dalla *Korrekturgesetz*"²⁴⁹. A seguito delle conclusioni il Governo federale doveva modificare opportunamente la legge in questione. La Commissione riteneva

²⁴⁴ M. Borzaga, *Op. Ult. Cit.*, pag. 669.

²⁴⁵ A. Supiot, *op.ult.cit.*, pag. 231.

²⁴⁶ M. Borzaga, *Op. Ult. Cit.*, pag. 673.

²⁴⁷ M. Borzaga, *Op. Ult. Cit.*, pag. 673.

²⁴⁸ M. Borzaga, *Loc. Op. Ult. Cit.*.

²⁴⁹ M. Borzaga, *Loc. Op. Ult. Cit.*.

fosse opportuno mantenere il sistema delle presunzioni, ma fosse necessario riformarle in modo da restringere il campo di applicazione e facilitare l'individuazione dei lavoratori subordinati. Si confermava peraltro l'esigenza di una definizione unitaria di lavoratore subordinato all'interno del diritto tedesco. La Commissione ha, infine, proposto l'abrogazione del comma relativo agli agenti di commercio, ritenuto dalla dottrina incostituzionale.²⁵⁰

Fu così che nell'aprile del 1999, soltanto quattro mesi dopo l'entrata in vigore del precedente provvedimento, attraverso la legge per la promozione del lavoro autonomo, *Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit*, vennero modificati non solo il comma 4 del § 7 contenente il sistema delle presunzioni, ma anche il comma 1 relativo alla definizione generale di lavoratore subordinato.

Andando con ordine, il nuovo comma 1 recitava: "Il lavoro subordinato è il lavoratore non autonomo, in particolare quello che si esplica in un rapporto di lavoro. Indizi per un rapporto di lavoro subordinato sono una attività eterodiretta e l'inserimento nell'organizzazioni di colui che impartisce le direttive".²⁵¹ Tale definizione è tuttora presente nel SGB.

La legge sostituiva anche il comma 7, affermando che si considera lavoratore dipendente colui che: "nel caso di un soggetto professionalmente attivo, che non adempie i propri doveri di collaborazione ai sensi del § 206 del SGB V o del § 196 del SGB VI , si presume che si abbia un lavoratore subordinato"²⁵² qualora soddisfi congiuntamente almeno tre delle seguenti caratteristiche:

- il lavoratore, in relazione alla propria attività, percepisca uno stipendio che supera i 630 marchi tedeschi in un mese;
- il lavoro sia svolto in modo esclusivo e permanente nei confronti di un solo cliente;
- la attività svolta per il committente o datore di lavoro è normalmente eseguita da personale dipendente;

²⁵⁰ M. Borzaga, *Op. Ult. Cit.*, pag. 675.

²⁵¹ M. Borzaga, *Op. Ult. Cit.*, pag. 676.

²⁵² M. Borzaga, *Op. Loc. Ult. Cit.*.

- il lavoro svolto non ha le tipiche caratteristiche di una attività imprenditoriale;
- il lavoro compiuto appare, sotto l'aspetto esteriore, uguale ad uno precedentemente esercitato nei confronti dello stesso committente attraverso un rapporto di lavoro subordinato.²⁵³

Rimangono esclusi gli agenti di commercio e, ancora una volta, è fatta salva la prova contraria da parte del lavoratore.

In buona sostanza il Legislatore ha accolto solo in parte le proposte della dottrina e della Commissione *Dieterich*. Innanzitutto è stato confermato che nell'ordinamento tedesco esisteva una definizione unitaria di lavoratore subordinato. La novità più importante era la previsione che il sistema di presunzioni fosse valido solo laddove il lavoratore avesse violato i suoi doveri di collaborazione durante la fase di istruttoria amministrativa dell'organo competente, generalmente l'ente previdenziale. In questo modo l'ente ha l'obbligo di effettuare una vera e propria indagine prima di stabilire se si tratti o meno di un rapporto di lavoro subordinato e si ricorre al sistema delle presunzioni soltanto nei rari casi in cui tale ente non sia in grado di stabilirlo con precisione²⁵⁴. In ogni caso nello stabilire quali siano le presunzioni, il legislatore ha tenuto conto delle proposte della Commissione, restringendo la portata della norma.

Da notare che nell'inserire il paragrafo sullo svolgimento di un rapporto lavoro autonomo con lo stesso datore con cui in precedenza si era stipulato un rapporto di lavoro subordinato, il Legislatore tedesco ha considerato l'ipotesi della Commissione che proponeva di dare una soluzione ad una prassi molto in voga in quel periodo. Spesso, infatti, datore di lavoro e lavoratore concordavano modifiche al contratto di lavoro volte a trasformare esclusivamente il tipo di rapporto (da subordinato a autonomo) ma mantenendo inalterata l'attività svolta

²⁵³

http://www.darmstadt.ihk.de/recht_und_fair_play/Arbeitsrecht/Beschaefigungsformen/schein-selbststaendigkeit/2537992?page=1

²⁵⁴ M. Borzaga, *Op. Ult. Cit.*, pagg. 677-678.

e cioè la relazione effettiva tra le parti²⁵⁵. In buona sostanza è il caso di quei soggetti che prima svolgevano la prestazione in regime di lavoro subordinato e poi il rapporto veniva trasformato in un contratto d'opera.

Sul punto deve intervenire un'utile precisazione sul tipo di contratto che può dar luogo ad una posizione giuridica di para-subordinazione: un contratto di servizio, *Dienstvertrag*, o un contratto d'opera, *Werkvertrag*. Vale per analogia la distinzione italiana; il secondo, infatti, è legato al raggiungimento di un risultato stabilito²⁵⁶. Originariamente la letteratura negava la possibilità di instaurare rapporti di lavoro parasubordinato attraverso un *Werkvertrag*, poiché si pensava potesse limitare l'equiparazione ai lavoratori dipendenti. Infatti, secondo gli studiosi del tempo, questo tipo di contratto non poteva in alcun modo essere considerato simile al lavoro subordinato. Tuttavia, mentre il contratto di servizio consisteva anche nella sottoposizione del lavoratore alle direttive del datore di lavoro, il contratto d'opera inevitabilmente escludeva la dipendenza personale dell'impiegato. Formalmente, i lavoratori parasubordinati rimangono comunque lavoratori di tipo autonomo, e questo implica inevitabilmente per loro la possibilità di stipulare contratti d'opera. La somiglianza con i lavoratori dipendenti viene comunque garantita da altri fattori come la non presenza diretta nel mercato, la somiglianza di reddito, ecc. L'introduzione del § 12a del TVG, già nel 1974 aveva confermato chiaramente la possibilità di avere para-subordinazione attraverso entrambe le forme contrattuali.²⁵⁷

Il sistema della presunzioni, ampiamente criticato, venne abrogato nel 2002 con decorrenza a partire dal 1 gennaio 2003 dallo stesso Governo che lo aveva introdotto, attraverso i provvedimenti Hartz. Il comma 4 del § 7 del SGB IV venne sostituito e si inserì una presunzione di tipo assoluto di rilevanza senza dubbio minore della precedente. In caso di domanda di un sussidio statale per la creazione di una attività di lavoro in proprio, il già citato

²⁵⁵ M. Borzaga, *Op. Ult. Cit.*, pag. 679.

²⁵⁶ M. Pagotto, *Il lavoro parasubordinato nella Repubblica Federale Tedesca*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 1998, 2, pag. 235.

²⁵⁷ M. Pagotto, *Op. Ult. Cit.*, pag. 236.

Existenzgründungzuschuss, colui che ne faceva richiesta doveva essere considerato lavoro autonomo per tutto il periodo di godimento del sussidio. Si trattava, in buona sostanza, di un tentativo di stimolazione del lavoro autonomo.²⁵⁸ La presunzione implicava che tali soggetti entrassero automaticamente a far parte del sistema pensionistico legale, tuttavia va notato che l'ente che elargiva tale contributo non verificava lo *status* del soggetto, il quale poteva anche essere un lavoratore autonomo c.d. "simulato".²⁵⁹

A partire dal 1 gennaio 2009, il comma 4 è stato completamente abrogato. Forse, come fa notare Weiss, il recente legislatore tedesco ha dato meno importanza al lavoro autonomo c.d. "simulato", in ragione della necessità di fronteggiare i problemi legati al tasso di disoccupazione.²⁶⁰ Qualche anno dopo, nel 2012, venne introdotto un paragrafo relativo al lavoro degli stranieri nella Repubblica Federale Tedesca; il primo comma è rimasto inalterato²⁶¹.

Oggi il problema del lavoro autonomo c. d. apparente è affrontato dalle autorità preposte a vigilare e ad indagare su tale fenomeno e simili.

L'utilizzo di un lavoratore autonomo, mascherando un contratto di tipo subordinato, ha oggi un risvolto sia di carattere civilistico ma anche penale. Il Legislatore definisce il lavoro autonomo apparente una attività che noi comunemente definiamo "in nero": l'articolo in questione è il §1.2 della Legge contro il lavoro nero e illegale, SchwarzArbG. Il lavoratore autonomo apparente è lavoratore "nero" al pari di colui che fornisce un servizio o una prestazione lavorativa senza soddisfare gli obblighi di contribuzione sociale e del lavoratore autonomo che non adempie agli obblighi fiscali. Come per tutta la disciplina, l'Ente responsabile di rilevare tale situazione illegale è il FKS, *Finanzkontrolle Schwarzarbeit*. Nel momento in cui le parti si trovassero al cospetto del Giudice del lavoro e quest'ultimo stabilisse che si è trattato di un lavoro autonomo apparente, il datore di lavoro, avendo violato il dovere di cooperare ai sensi

²⁵⁸ T. Vettor, *Op. Ult. Cit.*, pag. 181.

²⁵⁹ K. Bieback, *Op. Ult. Cit.*, pag. 448.

²⁶⁰ M. Weiss, *Op. Ult. Cit.*, pag. 115.

²⁶¹ www.jurion.de

degli articoli 28 del SGB IV e del § 206 del SGB V e, poiché ai sensi del § 169 del SGB VI i contributi dei lavoratori autonomi devono essere pagati da essi stessi, dovrà rispettare gli obblighi previsti in queste circostanze²⁶². In particolare, egli dovrà provvedere ai dovuti versamenti previdenziali (§ 28e SGB IV) e fiscali dei salari in maniera retroattiva. Altro aspetto da considerare riguarda il pagamento della IVA, la quale dovrà essere adeguata alle nuove condizioni stabilite sia da parte del datore di lavoro che da parte del contraente²⁶³.

Infine diamo uno sguardo al risvolto penale disciplinato dall'articolo 266a del Codice penale, *Strafgesetzbuch* (StGB) dove si nota che il datore di lavoro, qualora non rispetti i particolari degli obblighi di comunicazione e contribuzione previsti, viene condannato alla reclusione anche fino a cinque anni e al pagamento di una multa. Si noti che in casi in cui sussistano inoltre alcune forme dolose, la reclusione può arrivare anche fino a dieci anni.

Anche se, come già accennato, oggi non rileva più alcuna presunzione particolare per il riconoscimento del lavoro autonomo apparente, vi sono comunque dei segnali che potrebbero suggerire all'ente competente situazioni anomale. Tra questi criteri troviamo:

- fruizione dell'assicurazione dei lavoratori dipendenti;
- essere impiegato principalmente e permanentemente per un solo cliente;
- l'assenza di una attività imprenditoriale;
- svolgimento di una prestazione vincolata alle istruzioni di un cliente;
- l'attività corrisponda in tutto ad una precedentemente svolta attraverso un contratto di lavoro subordinato;

²⁶² *Obenhaus: Haftungs- und Strafbarkeitsrisiken durch Ignorieren möglicher Scheinselbstständigkeit*, in

https://www.wiso-net.de:443/document/STBG__533E429E82CA66AB15E92E6D0B17A3C2

²⁶³ *Obenhaus: Haftungs- und Strafbarkeitsrisiken durch Ignorieren möglicher Scheinselbstständigkeit*, pag. 5, 8 in

https://www.wiso-net.de:443/document/STBG__533E429E82CA66AB15E92E6D0B17A3C2

- queste opere siano comunemente svolte con contratti di tipo subordinato.²⁶⁴

3.4.2 Lavoratori quasi-subordinati: *arbeitnehmerähnliche Person*

Come già spiegato nei paragrafi precedenti, il Legislatore tedesco configura il soggetto del lavoratore para-subordinato, *arbeitnehmerähnliche Person*, escludendo che si tratti di una relazione di tipo giuridicamente dipendente, perché di fatto non vige alcun rapporto di subordinazione, ma si potrebbe parlare piuttosto di una dipendenza di tipo “economico”.

Tali rapporti si caratterizzano per una committenza di tipo ristretto o addirittura “monocommittenza”, *Existenzgrundlage*, e, come afferma il Legislatore tedesco, i lavoratori simil-dipendenti si identificano non solo per la “*assunzione volontaria del rischio di impresa*”, ma anche per il carattere della “*non dipendenza personale*”, *persönlich Abhängig*, e il “*non assoggettamento*”, *Weisungsgebunden*, alle direttive e al potere disciplinare del datore di lavoro²⁶⁵.

I cosiddetti “lavoratori quasi-subordinati” sono definiti separatamente dalla dodicesima sezione della legge del 1974 sui contratti collettivi, *Tarifvertragsgesetz*, come “*persone economicamente dipendenti e bisognose di una tutela sociale simile a quella dei lavoratori subordinati*”²⁶⁶. In altre parole si può parlare di figure che, pur non essendo sottoposte all’etero direzione, richiedono una qualche forma di protezione, al pari di un lavoratore subordinato. Ai sensi dello stesso § 12, tale attività deve, inoltre, essere svolta personalmente e sostanzialmente senza l’aiuto di collaboratori²⁶⁷.

Per quanto riguarda la durata del rapporto, è importante notare come nella giurisprudenza tedesca la Corte federale del lavoro si sia pronunciata con una

²⁶⁴ S. Hofert, *Praxisbuch für Freiberufler*, GLOBAL, 2012.

²⁶⁵ A. Perulli, *Op. Ult. Cit.*, pagg. 16-17.

²⁶⁶ Letteralmente: “*Personen, die wirtschaftlich ubhngig und vergleichbar einen Arbeitnehmer soziul schutzbedtirftis sind (urbeitnehme- ruhnlische Personen)*”..

²⁶⁷ M. Weiss, *Op. Ult. Cit.*, pag. 112.

sentenza del 1957, dichiarando l'importanza di una certa durata del rapporto lavorativo e di una certa regolarità nelle prestazioni²⁶⁸. È del tutto irrilevante, invece, il fatto che il lavoratore simile al lavoratore dipendente presti contemporaneamente la propria attività lavorativa a favore di più committenti. È anche stato constatato che una prestazione fornita solo per un breve periodo non esclude la presenza di dipendenza economica.²⁶⁹

Nella figura del lavoratore simil-dipendente vanno fatte rientrare due categorie di soggetti c. d. "simil" (§ 12 TVG): l'una di tipo *intensional*, cioè di carattere generale, e l'altra di tipo *extensional*, specifica o settoriale. La prima è definita generale perché qualifica il lavoratore simil-subordinato indipendentemente dalla tipologia di attività svolta²⁷⁰: si caratterizza per la dipendenza economica e il bisogno di protezione sociale analogo a quello del lavoratore dipendente. Per quanto concerne la dipendenza economica, vi appartengono tutti quei lavoratori che forniscono la loro prestazione anche a vantaggio di più soggetti, a condizione che almeno il 50% del loro reddito complessivo provenga da un solo committente. Per quanto riguarda l'analogia con il lavoratore dipendente, invece, rientrano in questa categoria coloro che svolgono la prestazione in maniera prevalentemente personale e senza l'aiuto di collaboratori²⁷¹.

I lavoratori parasubordinati sono anche definiti *extensional* qualora appartengano, invece, ad una categoria di artisti, giornalisti e scrittori, e per questi il criterio di dipendenza economica si verifica qualora almeno un terzo delle loro entrate sia ottenuto da parte del medesimo committente²⁷².

La legge tratta separatamente, ancora una volta, le categorie degli agenti di commercio e dei lavoratori a domicilio. In particolare, a questi ultimi, il legislatore sembra offrire una tutela straordinaria e appaiono i più simili ai

²⁶⁸ M. Pagotto, *Op. Ult. Cit.*, pag. 234.

²⁶⁹ P. Frantziach, *Op. Ult. Cit.*, pag. 251.

²⁷⁰ M. Pagotto, *Op. Ult. Cit.*, pag. 231.

²⁷¹ T. Vettor, *Op. Ult. Cit.*, pag. 177.

²⁷² T. Vettor, *Op. Ult. Cit.*, pag. 178.

lavoratori subordinati. Nei confronti di questi è, infatti, riconosciuta tutela in tema di: retribuzione, orario di lavoro, salute e sicurezza, maternità e licenziamento²⁷³. Nel diritto tedesco chi è lavoratore subordinato può accedere alla tutela integrale prevista dal diritto del lavoro, chi non lo è vede i suoi diritti e obblighi dipendere dal contratto individuale. Si tratta della regola tedesca del “tutto o niente”, *alles oder nichts*. A questa, tuttavia, il legislatore ha previsto una importante eccezione per il caso della figura del lavoratore simil-dipendente. In buona sostanza ai rapporti di para-subordinazione sono estese tutte le norme relative a: congedi parentali, ferie, sicurezza sul lavoro, molestie, rappresentanza sindacale e contrattazione collettiva. Non sono, tuttavia, estese le tutele accordate ai lavoratori dipendenti in caso di cessazione del rapporto di lavoro. Come fa notare Tiziana Vettor, nella prassi solo nei confronti dei lavoratori simil-dipendenti nel settore dei media ha preso campo la contrattazione collettiva e, proprio in questa sede, ha saputo sviluppare maggiori tutele, in particolare in tema di stabilità del rapporto di lavoro e di protezione sociale in caso di disoccupazione²⁷⁴. Gli stessi sindacati tedeschi inizialmente avevano assunto un atteggiamento di estremo riserbo nei confronti di questi parasubordinati e molto spesso li hanno annoverati tra le figure atipiche o, addirittura, tra i lavoratori precari²⁷⁵.

Tornando alla dipendenza economica, essa consiste, nel quadro di un contratto commerciale o nella prestazione di un servizio, nell'eseguire direttamente il contributo lavorativo, senza assumere personale dipendente o altri prestatori di lavoro²⁷⁶ e nella assicurazione di un fatturato garantito per oltre il 50% da un solo cliente/committente (un terzo per artisti, scrittori e giornalisti)²⁷⁷.

²⁷³ T. Vettor, *Op. Ult. Cit.*, pag. 192.

²⁷⁴ T. Vettor, *Op. Ult. Cit.*, pag. 191.

²⁷⁵ O. E. Kempen, R. Kretzschmar, *Op. Ult. Cit.*, 1999, pag. 607.

²⁷⁶ A. Perulli, *Op. Ult. Cit.*, pag. 20.

²⁷⁷ *Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte*, in BGBZ, 1998, n. 1, 3843.

La *ratio* dell'intervento del legislatore tedesco è riscontrabile nell'analogia con il contratto subordinato, poiché è necessario che il compenso derivante da tale attività rappresenti il mezzo di sostentamento prevalente della persona. Di conseguenza, le ragioni che spingono la persona simile al lavoratore subordinato a stipulare tali contratti sono legate a motivazioni di carattere esistenziale.²⁷⁸

Quello che rileva è quindi il carattere di dipendenza economica, incentrato sul “*lavoro svolto prevalentemente per una persona*” (§ 12a TVG), ma abbiamo capito che il Legislatore tedesco ha scelto di incentrare il concetto di dipendenza in termini di remunerazione e non attraverso un criterio temporale. In buona sostanza, è lavoratore economicamente dipendente chi percepisce almeno la metà del reddito complessivo da un unico committente.

Si noti che è, quindi, indispensabile che il lavoratore simil-dipendente riceva la parte prevalente del guadagno complessivo da uno degli eventuali diversi committenti. Non c'è dipendenza economica qualora, ad esempio, la prestazione dell'incaricato si ripartisca regolarmente e in parti uguali a favore di tre committenti²⁷⁹.

Si potrebbe anche parlare di figure sostanzialmente “ibride”, poiché nei rapporti con i terzi sono qualificate come autonome, mentre con il fornitore, subordinate²⁸⁰.

Anche se la *ratio* delle scelte legislative sopradescritte sembra privilegiare il bisogno di “protezione sociale” di questa classe di lavoratori, estendendo ad essi alcune tutele tipiche del lavoro subordinato in virtù della prevalenza di un committente che costituisce proprio la “base della loro esistenza”, *Existenzgrundlage*²⁸¹, tali strumenti di protezione sono inevitabilmente inferiori a quelli del lavoratore subordinato. Tali diritti possono riguardare sia la dimensione individuale e cioè il rapporto tra il lavoratore e il suo cliente (reddito

²⁷⁸ P. Frantziach, *Loc. Ult. Op. Cit.*.

²⁷⁹ M. Pagotto, *Op. Ult. Cit.*, pag. 232.

²⁸⁰ M. Tiraboschi, *Tendenze evolutive dei servizi professionali: un quadro comparato. Quadro normativo, modelli organizzativi, tipologie contrattuali*, cit., pag. 134.

²⁸¹ A. Perulli, *Op. Ult. Cit.*, pag. 17.

minimo, durata del lavoro, ecc.), ma anche quella collettiva di organizzarsi e intraprendere azioni per difendere e perseguire i loro interessi professionali.

La dipendenza economica, tra l'altro, è il fattore discriminante per il riconoscimento di specifici strumenti di protezione sociale.

Infatti, la sopracitata legge del 19 dicembre 1998 ha assoggettato alla assicurazione contro la vecchiaia le persone che nell'esercizio della loro attività autonoma non impiegano lavoratori dipendenti e che offrono in modo continuativo la maggior parte della loro attività a servizio di un committente²⁸².

Analizziamo brevemente la disciplina: all'interno del sistema codicistico tedesco il lavoratore para-subordinato è definito nel § 12a del TVG ma anche nel § 5 dell'ArbGG. Con quest'ultimo articolo il lavoratore simile al subordinato ha fatto la sua comparsa nel diritto tedesco nel 1926 ed è stato assoggettato alla disciplina sui tribunali del lavoro, oltre ai lavoratori subordinati²⁸³. Inevitabile a questo punto notare l'evidente analogia con il caso italiano e l'art 409 del codice di procedura civile con il quale il lavoratore parasubordinato è entrato nella disciplina italiana.

Soltanto dal 1945 venne esteso anche a loro il diritto alle ferie legali. È estesa anche la possibilità di permessi retribuiti fino ad un massimo di 24 giornate lavorative nell'arco di un anno (§ 2 BUrlG). I lavoratori quasi-subordinati hanno, inoltre, diritto a congedi per studio ed infine, ad essi verranno applicati i contratti collettivi (§ 12a TVG), in particolare ai liberi professionisti del giornalismo.

Non trovano, invece, alcuna applicazione la Legge sulla protezione della occupazione e le disposizioni speciali di terminazione ai sensi del § 9 del *Mutterschutzgesetz*, Legge a protezione della maternità, e del SGB IX in materia di previdenza sociale.

²⁸² M. Tiraboschi, *Op. Ult. Cit.*, pag 134

²⁸³ O. E. Kempen, R. Kretzschmar, *Op. Ult. Cit.*, pag. 602.

3.4.3 Libere professioni regolamentate e non regolamentate

Al fine di fornire una analisi il più possibile dettagliata della disciplina che regola il *mare magnum* delle categorie professionali, è opportuno iniziare parlando della direttiva europea 2005/36. Ai sensi dell'articolo 3 è definita professione regolamentata ogni “*attività, o insieme di attività professionali, l'accesso alle quali e il cui esercizio, o una delle cui modalità di esercizio, sono subordinati direttamente o indirettamente, in forza di norme legislative, regolamentari o amministrative, al possesso di determinate qualifiche professionali; in particolare costituisce una modalità di esercizio l'impiego di un titolo professionale riservato da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative a chi possiede una specifica qualifica professionale*”.

Dall'altro lato esiste poi tutto il settore delle professioni non regolamentate, che per differenza corrisponderanno a quelle che non registrano alcuna forma di intervento statale per quanto riguarda l'accesso alla professione e le sue modalità di esercizio, né profili formativi in ingresso. In generale queste ultime tendono poi ad assumere caratteristiche molto simili a quelle regolamentate²⁸⁴.

La *ratio* della disposizione comunitaria pare fondata sul principio della rilevanza economica dell'operato dei professionisti, ma poiché si tratta pur sempre di una attività di impresa, la disciplina è comunque fondata sul principio della libertà di circolazione dei servizi, libertà di stabilimento e di prestazione²⁸⁵. Dall'altro lato comunque in molti paesi comunitari è diffusa l'opinione che le professioni non possono essere ricondotte ad una logica meramente “mercantilistica”, proprio in ragione della rilevanza pubblica di molti servizi garantiti costituzionalmente e

²⁸⁴ In particolare si fa riferimento alle forme di associazionismo in M. Tiraboschi, *Op. Ult. Cit.*, pag. 51.

²⁸⁵ M. Tiraboschi, *Op. Ult. Cit.*, pag. 41.

che meritano una disciplina che li allontani dalla diretta equiparazione con altri beni o servizi²⁸⁶.

Negli anni Novanta il Legislatore tedesco ha provveduto ad una riforma del sistema degli ordini professionali, in particolari della area economica e giuridica²⁸⁷. Inoltre, si è provveduto a rinnovare le forme giuridiche di organizzazione dei servizi professionali prevedendo la possibilità di svolgimento delle attività in partnership, in tal modo i professionisti potevano iniziare a svolgere la professione in varie forme associative²⁸⁸ come vedremo meglio. Le aree di intervento delle leggi L. 31 agosto 1998 (GU I p. 2600); legge 19 dicembre 2000 (GU I p. 1769) e L. 1° luglio 2001 (GU I p. 1027) hanno riguardato principalmente la revisione della regolamentazione delle professioni di avvocato e contabile, i regimi tariffari e una incentivazione della internazionalizzazione delle professioni tecniche. Risulta evidente che tutto il ragionamento sin qui condotto sottende il principio che in Germania proprio come in Italia, è presente una forte pervasività dello Stato che accentua il carattere pubblicistico degli ordini professionali²⁸⁹.

Analizziamo ora più nel dettaglio la disciplina. Vi sono due cataloghi che distinguono tra professioni liberali tradizionali organizzate attraverso gli ordini, *Geregeltte freie Berufe*, classificate nel *Katalogberufe* formalizzato nell'articolo 18 della Legge della imposta sul reddito, *Einkommensteuergesetz* (EStG) e allo stesso tempo nel Codice sulle associazioni di partenariato, *Partnerschaftsgesellschaftsgesetz* (PartGG) all'articolo 1.

L'articolo 18 del EStG afferma che, ai fini della imposta sul reddito, le attività professionali di tipo autonomo comprendono tutti gli esercizi di carattere scientifico, artistico, letterario ed educativo, e chiarisce che in particolare si tratta di medici, dentisti, veterinari, avvocati, notai, agenti di brevetti, geometri,

²⁸⁶ M. Tiraboschi, *Op. Ult. Cit.*, pag. 45.

²⁸⁷ L. 15 luglio 1994 (GU I p. 1569); l. 24 giugno 1994 (Gazzetta legge federale I p. 1387); l. 2 settembre 1994 (GU I p. 2278).

²⁸⁸ L. Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, 25 luglio 1994.

²⁸⁹ M. Tiraboschi, *Op. Ult. Cit.*, pag. 17.

ingegneri, architetti, chimici, commercialisti, ragionieri, consulenti fiscali, fisioterapisti giornalisti, fotoreporter, interpreti, traduttori, piloti e occupazioni analoghe (*ähnlichen Berufe*).

Riassumendo, quindi, racchiudere i *freien Berufe* nelle seguenti cinque categorie:

- professionisti che lavorano nel settore sanitario (medici, farmacisti);
- consulenti legali (avvocati, notai);
- consulenti in materia fiscale e contabile (revisori contabili, commercialisti);
- tecnici (architetti, ingegneri);
- professionisti che operano nel settore della cultura (giornalisti, autori)²⁹⁰

Per quanto riguarda, invece, l'articolo 1 del PartGG, il Legislatore tedesco definisce innanzitutto cosa si intende per partenariato: si tratta di una società in cui i liberi professionisti si riuniscono per esercitare la loro professione, essa non svolge alcuna attività commerciale e i membri possono essere soltanto persone fisiche. E continua al secondo comma catalogando nuovamente le fattispecie già menzionate e chiarendo che si tratta di attività che vengono svolte in maniera indipendente sulla base di particolari qualifiche professionali e talento creativo, disposizione personale che prevedono una responsabilità circa gli interessi del cliente e del pubblico. Ai commi 3 e 4 si stabilisce che a tali partnership si applica la disciplina prevista dal codice civile per le società, e che l'esercizio della professione attraverso un partenariato può essere escluso nei regolamenti specifici delle singole professioni o può dipendere da altre condizioni.

In Germania, infatti, gli ordini professionali e le camere di appartenenza (la cui partecipazione è obbligatoria), *Verkammerte freie Berufe*, proprio in virtù del loro carattere pubblico, assolvono funzioni di autogoverno e di supervisione rappresentanza degli interessi dei componenti anche sul piano deontologico²⁹¹.

Appartengono, quindi, al *Katalogberufe* tutte quelle professioni che richiedono

²⁹⁰ M. Tiraboschi, *Op. Ult. Cit.*, pag. 51.

²⁹¹ M. Tiraboschi, *Op. Ult. Cit.*, pag. 180.

un certo livello di qualificazione per il loro svolgimento e, in particolare, la formazione o la pratica seguita devono essere comparabili una delle professioni del catalogo.

Fanno parte, invece, del cosiddetto catalogo delle professioni correlate, *ähnlichen Berufe o Tätigkeitsberufen*, quelle che l'articolo 18 del EStG definiva "occupazioni analoghe", le quali, quindi, vengono svolte con le modalità tipiche delle libere professioni qualora siano condotte in modo indipendente²⁹².

Essendo uno stato federale, la Germania, differenzia le forme di regolamentazione a livello nazionale e dei Lander.

Ogni professione ha un proprio regolamento che disciplina l'accesso e l'esercizio alla professione; andando ad analizzare la protezione e la regolamentazione, attraverso specifiche norme e istituzioni, notiamo come medici, ingegneri ed avvocati siano protetti da una disciplina di secolare tradizione. Negli ultimi anni si è evidenziata una tendenza all'associazionismo di natura privata e la partecipazione volontaria che coniuga il pluralismo delle espressioni con la rappresentanza dei propri interessi.

In particolare va notato che in Germania, alla impresa individuale, che è di gran lunga una delle forme più utilizzate, si sono affiancate altre forme societarie come:

- l'ufficio in comune;
- la condivisione di pratiche;
- la società di diritto civile;
- la società a responsabilità limitata;
- il partenariato.

In Italia ancora oggi prevale la figura del singolo professionista autonomo o la forma della associazione professionale o lo studio associato²⁹³.

Per quanto riguarda l'esercizio della professione possiamo affermare che, in Germania, essa si svolge diversamente che in Italia; infatti gli avvocati

²⁹² M. Tiraboschi, *Op. Ult. Cit.*, pag. 180.

²⁹³ M. Tiraboschi, *Op. Ult. Cit.*, pag. 13.

possono costituire associazioni con altre figure professionali quali commercialisti-tributari, revisori dei conti, agenti brevettuali.

Andiamo ora ad analizzare più da vicino quello che riguarda le diverse professioni:

Solo per fornire alcuni esempi, si noti che per esercitare la libera professione forense, è necessario possedere una specifica abilitazione subordinata al superamento di due Esami di Stato; questi ultimi si sosterranno al termine di un periodo di studi giuridici a livello universitario e a un periodo di pratica.

In Germania il percorso formativo, che consente di diventare avvocati, prevede due momenti: uno a carattere teorico della durata di quattro anni presso una università e uno pratico di altri due anni. Durante il percorso di studi i candidati dovranno conseguire diversi diplomi e svolgere tre mesi di praticantato e svolgere degli stage presso una corte civile, una corte penale, una pubblica amministrazione ed uno studio legale e scegliere un ramo per il quinto stage che consentirà l'inizio della specializzazione. Superato il secondo esame l'interessato dovrà richiedere all'ordine degli avvocati cui vuole esercitare l'abilitazione all'esercizio professionale forense; per essere abilitati bisognerà inoltre stipulare una assicurazione di responsabilità civile per i rischi legati alla professione. Una volta rilasciata la abilitazione l'avvocato diventa membro dell'ordine a cui l'aveva richiesta.

Differentemente dall'Italia, in Germania la formazione annuale per essere un *Fachanwalt* (avvocato specialista) è di sole 10 ore confronto alle 30 italiane. Le 10 ore di formazione richieste in Germania sono sia di presenza fisica attiva, come docente, che passiva quindi come partecipante a lezioni, convegni e altre iniziative.

Essere avvocati non consente di svolgere qualsiasi altra attività retribuita come specificato dalla legge professionale forense²⁹⁴.

²⁹⁴ M. Tiraboschi, *Op. Ult. Cit.*, pag. 87.

Un aspetto interessante, che vale la pena sottolineare, è il fatto che un legale non può prestare servizio in altre società professionali, in modo da evitare conflitti di interesse.

Come precedentemente accennato, grazie a una nuova legge del 1998, gli avvocati, possono esercitare la loro professione forense in forma societaria detta *Anwalts-GmbH*. L'attività di queste società deve essere esclusivamente finalizzata alla consulenza e alla rappresentanza delle questioni legali (§ 59c comma 1, BRAO); gli amministratori di queste società sono assoggettati alla vigilanza deontologica e rispondono disciplinarmente della violazione di obblighi deontologici collegati alla loro attività.

Per quanto riguarda, invece, le professioni contabili, *Wirtschaftsprüfer*, esistono i revisori e i fiscalisti. Per accedere a questa professione è necessario possedere un titolo universitario completato da un praticantato della durata di tre anni e dall'iscrizione nel registro.

In Germania, i consulenti fiscali forniscono diversi servizi che vanno dalla compilazione della dichiarazione dei redditi, alla contabilità, all'assistenza fiscale e rappresentanza nei contenziosi tributari.

I consulenti fiscali, per esercitare la loro professione, devono aver superato uno specifico esame di stato sostenuto dopo il completamento del percorso di studi ed di due anni di tirocinio.

Dopo aver analizzato diverse figure professionali possiamo fare un piccolo quadro generale della situazione lavorativa in Germania. Il numero dei lavoratori autonomi è distribuito in maniera equa tra le diverse aree professionali con un'eccezione riguardante l'area tecnica, la cui consistenza è inferiore²⁹⁵.

Secondo i dati dell'IFB (*Istitut Fur Freie Berufe*), il settore dei servizi professionali comprende 4.199.000 lavoratori di cui il 64,4% in forma dipendente. L'impiego più gettonato rientra nella sfera della cultura con più di

²⁹⁵ M. Tiraboschi, *Op. Ult. Cit.*, pag. 27.

285.000 lavoratori seguito da medici e avvocati che rappresentano circa il 30% dei liberi professionisti.

In linea di principio si deduce che, similmente al caso italiano, il Legislatore tedesco non ha ritenuto necessario formulare una definizione giuridica univoca di professione, ma si concentra sulla distinzione tra autonomia e subordinazione in particolare a fini fiscali e previdenziali. Non vi è peraltro in Germania alcuna limitazione per il professionista di svolgere la propria attività professionale in maniera autonoma o subordinata²⁹⁶.

Abbiamo quindi confermato che in linea di principio si tratta di lavoratori di tipo autonomo e che, in ragione della natura assolutamente eccezionale e, analogamente al caso italiano, talvolta possono essere oggetto di una collaborazione con le imprese che necessitano di questo tipo di servizi. Si noti che la partecipazione di questi soggetti così come dei lavoratori interinali alla realtà aziendale, anche se solo per pochi giorni alla settimana, può garantire che gli occupati con contratto pieno e indeterminato aumentino l'intesa e si impegnino maggiormente per il raggiungimento degli obiettivi²⁹⁷.

3.4.4 Attività commerciali e l'attività d'impresa: il principio di "Gewerbefreiheit"

Al fine di rendere la trattazione il più possibile esauriente di tutte le fattispecie possibili, è bene notare che le libere professioni non sono le uniche tipologie di contratto che garantiscono la autonomia, ma che esistono anche attività di tipo commerciale e le attività di impresa. Nel diritto tedesco vige il principio generale del *Gewerbefreiheit*, cioè della libertà di impresa, a meno che non si tratti, come già visto per le libere professioni, di attività per le quali è necessaria una particolare qualifica o autorizzazione²⁹⁸. Esso è esplicitamente regolato dal Legislatore tedesco al § 1 del GewO dove afferma che è consentito a chiunque

²⁹⁶ M. Tiraboschi, *Op. Ult. Cit.*, pag. 105.

²⁹⁷ L. Zoppoli, M. Delfino (a cura di), *Op. Ult. Cit.*, pag. 91.

²⁹⁸ L. Mella, *Primi passi in Germania per un primo orientamento*, Colonia, 2013, pag. 38.

l'avviamento di una attività commerciale, se la legge non preveda particolari limitazioni o eccezioni. Le attività da lavoro autonomo in Germania vengono distinte in tre categorie:

- attività puramente commerciali (*Gewerbe*);
- attività di libera professione (*Freiberuf*);
- attività artigianale (*Handwerk*)²⁹⁹.

Ognuna di queste sopraelencate appartiene a differenti camere ed è soggetta a distinte discipline. In particolare, si noti, che per avviare una attività artigianale, in alcuni casi, può essere richiesta la qualifica di maestro (*Meister*).

È opportuno notare poi come il Legislatore tedesco non perda occasione per garantire e incentivare il principio del *Gewerbefreiheit*. Grazie alla Riforma Hartz i disoccupati ricevono degli incentivi per aprire una nuova Ich-AG, corrispondente alla fattispecie giuridica di impresa unipersonale. La durata di tali sovvenzioni sarà di tre anni e vengono sottoposti a versamenti contributivi, imposizione fiscale forfettaria del 10 % e sono elargiti qualora il reddito non superi i 25.000 €³⁰⁰.

²⁹⁹ L. Mella, *Op. Ult. Cit.*, pag. 39.

³⁰⁰ F. Salvatori, *Op. Ult. Cit.*, pag. 7.

4. Conclusioni

A questo punto può essere utile uno sguardo comparato, fornendo alcuni spunti di riflessione.

Anzitutto, appare assai strano che il diritto del lavoro tedesco sia stato capace di regolare il fenomeno del lavoro economicamente dipendente senza avere una vera e propria definizione di lavoro subordinato come, invece, compare nel nostro ordinamento all'art. 2094 del codice civile. Dobbiamo aspettare fino alla riforma dell'aprile del 1999 per avere una definizione di dipendenza (§ 7 SGB IV): *“il lavoro subordinato è il lavoro non autonomo, in particolare quello che si esplica in un rapporto di lavoro. Indizi per un rapporto di lavoro subordinato sono una attività eterodiretta e l'inserimento nell'organizzazione di colui che impartisce le direttive”*. Tuttavia, analogamente al caso italiano, anche nella Repubblica Federale Tedesca il legislatore ha chiarito, in più riprese, che la forma del contratto di lavoro comune è il lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Una ulteriore analogia che rileva risale ai primi anni del secolo scorso e consiste nel fatto che entrambi gli ordinamenti abbiano, primariamente, provveduto a fornire una tutela previdenziale, da un lato il più volte citato art. 409 del c. p. c., dall'altro il § 5 del ArbGG. La Germania si è preoccupata, poi di capire quale fosse la forma migliore per il contratto di lavoro economicamente dipendente, quindi lo ha definito e, in ultima istanza, ha provveduto a tutelare questa categoria di lavoratori, estendendo le norme previste per i lavoratori subordinati. Il Legislatore italiano, invece, ha parzialmente tutelato queste figure con la legge Biagi del 2003, prevedendo la sospensione del rapporto in caso di malattia, infortunio e gravidanza. Tuttavia, recentemente si è ricreduto con il c.d. “Jobs Act”. La Germania non ha mai perso di vista la necessità di protezione sociale che questi lavoratori richiedono; in particolare, con riferimento a quelle committenze che erano definite al § 7.4 del SGB IV. In ogni caso, anche se in

entrambi i casi compare la volontà di offrire una qualche forma di tutela ai lavoratori parasubordinati, in nessuno dei due ordinamenti il Legislatore ha mai garantito protezioni contro la cessazione del rapporto di lavoro. In buona sostanza questo *tertium genus* del lavoro c.d. economicamente dipendente in Italia è stato ricompreso nella sottocategoria del lavoro autonomo, mentre nella Repubblica Federale Tedesca la posizione di questa fattispecie non è così definita. L'*Arbeitnehmerliche Person* appare molto più riconducibile ad una fattispecie di tipo subordinato.³⁰¹ Secondo Perulli, più precisamente tra i lavoratori autonomi, i simil-dipendenti appartengono alla sottocategoria che necessita di maggiore protezione.³⁰²

Le uniche definizioni di lavoratore parasubordinato che trovavamo in ambito italiano sono riferite al progetto o al risultato finale. Mentre la durata del rapporto di dipendenza economica nel caso tedesco rimane un criterio “labile”³⁰³ e trova riscontro esclusivamente in alcune sentenze, in ambito italiano, come sopra detto, tale concetto era principalmente legato, prima al c. d. “progetto, programma o fase di esso”, successivamente al raggiungimento del risultato. Recentemente questo è stato del tutto eliminato.

In Italia il concetto di para-subordinazione e di autonomia in generale, sono da sempre maggiormente legati al contratto d’opera (art. 2222 c. c.), in Germania, come abbiamo visto, non è escluso si possano stipulare contratti di lavoro parasubordinato anche attraverso un contratto di servizio (§ 12a TVG).

Tra le altre cose, rileva che la Germania mantiene da sempre una idea di para-subordinazione legata ad una dipendenza di tipo “economico”, mentre in Italia si è più attenti alla dipendenza in senso “tecnico funzionale”, e più recentemente “etero-organizzata”.

Mentre l’ordinamento tedesco ritiene integrato l’elemento della dipendenza economica, qualora la maggior parte del lavoro o del reddito provenga da una

³⁰¹ M. Luzzana, F. Colli, *Op. Ult. Cit.*, pag. 7.

³⁰² A. Perulli, *Economically dependent / quasi-subordinate (parasubordinate) employment: legal, social and economic aspects*, 2003, pag. 85.

³⁰³ A. Perulli, *Op. Ult. Cit.*, pag. 106.

sola persona o istituzione, nella disciplina nazionale rilevano maggiormente continuità e coordinamento con l'organizzazione produttiva del committente.³⁰⁴

Entrambi gli ordinamenti escludono, poi, dall'ambito del lavoro a cavallo tra subordinazione e autonomia le forme imprenditoriali. In buona sostanza, così come nel caso italiano è richiesto l'elemento costitutivo della “*natura prevalentemente personale della prestazione*”; anche per la disciplina tedesca è necessario che l'opera o il servizio siano eseguiti personalmente senza l'apporto di altri collaboratori (§ 12a TVG).³⁰⁵

Infine, è opportuno ricordare che, anche se con modalità e risultati differenti, entrambi gli ordinamenti nazionali hanno cercato di adottare tecniche di regolazione delle varie forme di para-subordinazione elusive di rapporti di lavoro di tipo subordinato.³⁰⁶

Sicuramente, alla luce di quanto detto, la Germania, dopo una prima fase di incertezza e crescita avvenuta verso la fine degli anni Novanta, è stata capace di regolare il fenomeno della para-subordinazione in maniera definitiva ed efficace, senza perdere di vista le effettive necessità previdenziali dei lavoratori. Ancora una volta la legislazione tedesca dimostra di saper produrre sistemi efficienti di tutela attraverso un minimo ricorso alle norme.

³⁰⁴ M. Luzzana, F. Colli, *Loc. Op. Ult. Cit.*.

³⁰⁵ M. Luzzana, F. Colli, *Op. Ult. Cit.*, pag. 8.

³⁰⁶ M. Luzzana, F. Colli, *Op. Ult. Cit.*, pag. 9.

Un particolare ringraziamento è rivolto al Professore Zilio Grandi e al Professore Biasi per le loro pazienza e disponibilità dimostrate durante tutta la stesura dell'elaborato e per le attenzioni dedicate al mio lavoro.

Bibliografia

AA. VV., *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 2015.

AA.VV., *Crisi economica del lavoro in Francia, Germania, Italia e Spagna*, ADAPT University Press, 2014.

ALTIERI G., *Dalle collaborazioni continuate e continuative al lavoro a progetto: cosa cambia nel mercato del lavoro italiano*, in *Il "lavoro a progetto" in Italia e in Europa*, Il Mulino, 2006.

BIASI M., *La (a)causalità del contratto a termine in Europa. Riflessioni comparative sulle novità in Italia*, in *Dir. Lav. Merc.*, III, 2014.

BIEBACK K., *La tutela sociale dei rapporti di lavoro "atipici" in Germania*, in *Lavoro e diritto*, 2003.

BORZAGA M., *Luci ed ombre delle più recenti riforme del mercato del lavoro tedesco agli occhi del giuslavorista italiano*, in *SIS Working Paper N. 2014-2*.

BORZAGA M., *Subordinazione e diritto della sicurezza sociale: le "riforme fallite" nella Repubblica Federale Tedesca*, in *Diritto delle relazioni industriali*, Giuffrè Editore, n 4- 2002.

COMMISSIONE EUROPEA, *I diritti di previdenza sociale in Germania*, 2012.

DE SIMONE A., *L'importanza dei criteri distintivi sussidiari per la qualificazione del rapporto di lavoro*, in *Il diritto dei lavori*, 2014.

FERRARESI P. M., SEGRE G., *Il futuro previdenziale dei lavoratori parasubordinati*, conferenza *Il futuro dei sistemi di welfare nazionali tra integrazione europea e decentramento regionale*, 2002.

FIORILLO L., PERULLI A., *Il nuovo diritto del lavoro*, Vol. IV, Giappichelli Editore, 2014.

FRANTZIOCH P., “Nuova autonomia” e concetto di lavoratore subordinato. *Sulla distinzione tra lavoro subordinato e autonomo nel diritto del lavoro tedesco*, in *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, UTET, 1998.

HANNEMANN I., *Die Hartz-IV-Diktatur: Eine Arbeitsvermittlerin klagt an Taschenbuch*, Rororo, 2015.

HOFERT S., *Praxisbuch für Freiberufler*, GLOBAL, 2012.

HÜFNER F., KLEIN C., *The German labour market. Preparing for the future*, OECD Economics Department Working Papers n. 983, 2012.

ICHINO P., *L'anima laburista della Legge Biagi*, relazione al convegno del Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro “Domenico Napoletano” su “Nuovi lavori e tutele”, Napoli, 2005.

JANAS H., THIEMANN U., *450-Euro Mini-jobs*, Haufe-Lexware GmbH Et Co. , Freiburg, 2013.

KEMPEN O. E., KRETZSCHMAR R., *I problemi e le difficoltà di organizzare sindacalmente i lavoratori “semiautonomi” in Germania*, in *Lavoro e diritto*, a. XIII, n. 4, 1999.

LUZZANA M., COLLIA F., *Il lavoro a progetto: spunti di comparazione con le discipline in Europa*, ADAPT University Press, 2012.

MAZZOTTA O., *Manuale di diritto del lavoro*, III Edizione, Cedam, 2014.

MELLA L., *Primi passi in Germania per un primo orientamento*, Com.It.Es Colonia, 2013.

MUCKEMBERGER, WANK, BUCHNER, *Ridefinire la nozione di subordinazione? Il dibattito in Germania*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 86, 2000.

PAGOTTO M., *Il lavoro parasubordinato nella Repubblica Federale Tedesca*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 2- 1998.

PALLINI M., *Il lavoro a progetto: ritorno al...futuro?*, in *Il "lavoro a progetto" in Italia e in Europa*, Il Mulino, 2006.

PERULLI A., *Economically dependent / quasi-subordinate (parasubordinate) employment: legal, social and economic aspects*, 2003.

PERULLI A., *Il lavoro autonomo tradito e il perdurante equivoco del "lavoro a progetto"*, ADAPT University Press, 2013.

PERULLI A., *Lavori atipici e para-subordinazione tra diritto e situazione italiana*, Estratto dalla *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, Ediesse, 2006.

PERULLI A., *Un Jobs Act per il lavoro autonomo: verso una nuova disciplina della dipendenza economica?*, WP C. S. D. L. E. “Massimo D’Antona”, 2015.

PINTO V., *La categoria giuridica delle collaborazioni coordinate e continuative e il lavoro a progetto*, WP C. S. D. L. E. “Massimo D’Antona”, 2005.

PINTO V., *Prime chiose sulla nuova disciplina delle collaborazioni a progetto*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, 2012.

PROSPERETTI G., *Rapporto di lavoro e collaborazioni organizzate*, 2015.

REISERER, FRECKMANN A., *Freie Mitarbeit und Mini-jobs nach Hartz-Reform*, pag. 150.

ROCCELLA M., *Manuale di diritto del lavoro: mercato del lavoro e rapporti di lavoro*, 5^a Edizione, Giappichelli, 2013.

SALVATORI F., *La Riforma Hartz. Le politiche occupazionali in Germania*, Adapt, 2001.

SICHERAU K., *Arbeitsverhältnis: ist das noch normal? Prekäre Beschäftigung*, pag. 48.

SPATTINI L., *Intervista a Prof. Maurizio Del Conte, Sul lavoro siamo più flessibili della Germania. Il modello tedesco è solo un mito da sfatare*, in L’Espresso, 25 settembre 2014.

SPATTINI S., *Una valutazione delle Riforme Hartz dal punto di vista italiano e europeo*.

SUPIOT A., *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2000, 2.

TIRABOSCHI M., *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, Giappichelli, Torino, 1999.

TIRABOSCHI M., *Prima lettura del d.lgs. n. 81/2015 recante la disciplina organica dei contratti di lavoro*, ADAPT University Press, 2015.

TIRABOSCHI M., *Il lavoro a progetto: profili teorico- ricostruttivi*, in *La riforma del mercato del lavoro: deregolazione o reregolazione?: la legge Biagi nel confronto comparato*, atti del secondo convegno annuale in ricordo di Marco Biagi, Giuffrè, 2005.

TIRABOSCHI M., *Tendenze evolutive dei servizi professionali: un quadro comparato. Quadro normativo, modelli organizzativi, tipologie contrattuali*.

TREU T., *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *Dir. Lav. e Rel. Ind.*, 2015, 146, 2.

VETTOR T., *Tra autonomia e subordinazione. Problemi definatori e tendenze regolative negli ordinamenti giuridici europei*, in *Il “lavoro a progetto” in Italia e in Europa*, 2006, Il Mulino.

WEISS M., *The Regulation of Quasi- Subordinate Employment in Germany*, in *La riforma del mercato del lavoro: deregolazione o reregolazione?: la legge Biagi nel confronto comparato*, atti del secondo convegno annuale in ricordo di Marco Biagi, Giuffrè, 2005.

ZILIO GRANDI G., MASSAGLI E., *Dal decreto-legge n.76/2013 alla legge 99/2013 e circolari “correttive”: un percorso di lettura*, ADAPT University Press, 2013.

ZOPPOLI L., DELFINO M. (a cura di), *Flexicurity e tutele. Il lavoro atipico in Italia e in Germania*, Ediesse, 2008.